

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vern mot tvungen selvinkriminering

Bruk av pliktig avgitt informasjon til forvaltningen under hovedforhandling

Kandidatnummer: 591

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 16565¹

23. april 2013



¹ Forside, innholdsfortegnelse og litteraturliste er ikke inkludert

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Aktualitet. Begrunnelse for valg av emne	1
1.2	Presisering av problemstilling	2
1.3	Begrepsavklaring	3
1.3.1	Begrepet ”selvinkriminering”	3
1.3.2	”Criminal charge”	4
1.3.3	Siktet	5
1.3.4	Bevis.....	5
1.4	Rettskildebildet	5
1.4.1	Særlig om menneskerettigheter.....	7
1.4.2	Forholdet mellom straffeprosessloven og EMK	10
1.5	Avgrensning.....	10
2	FORVALTNINGSRETT OG STRAFFEPROSESS.....	12
2.1	Forvaltningsrett og forvaltningens virksomhet.....	12
2.1.1	Legalitetsprinsippet.....	13
2.1.2	Begrunnelse for adgang til å innhente informasjon	14
2.2	Plikt til å utlevere informasjon	14
2.2.1	Utlevering av informasjon etter ligningsloven.....	15
2.2.2	Utlevering av informasjon etter konkurranseloven	16
2.3	Straffeprosess.....	16
2.3.1	Taushetsrett	17
2.4	Forholdet mellom forvaltningsretten og straffeprosessen	17
2.4.1	To adskilte prosessuelle spor	19
3	VERN MOT TVUNGEN SELVINKRIMINERING.....	20
3.1	Hjemmel	20

3.2	Kort om vilkår for vernets anvendelse	20
3.3	Begrunnelse for vernet – hvorfor en menneskerettighet?	21
3.3.1	Hensynet til siktedes integritet	22
3.3.2	Myndighetsovergrep	23
3.3.3	Public interests	23
3.3.4	Sammenhengen med uskyldspresumsjonen	24
3.4	Oversikt over vernet etter EMK art. 6 nr. 1	25
3.4.1	Forklaringer	26
3.4.2	Reelle bevismidler	29
3.4.3	Unntak – innhenting av bevismidler i strid med EMK art. 3	31
3.5	Omfattes bevis og forklaringer gitt uavhengig av straffesaken?	34
3.6	Er vernet absolutt – finnes der unntak fra vernet?	35
3.7	Right to a "fair trial"	37
3.7.1	Vesentlig bevis	38
3.7.2	Forhold ved avgivelse	40
3.7.3	Avsluttende bemerkninger om "fair" vurderingen	40
4	BRUK AV OPPLYSNINGER UNDER HOVEDFORHANDLINGEN	41
4.1	Bevisbyrde	41
4.2	De ulike bevismidler	41
4.3	Kort om de viktigste hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om bevisavskjæring	42
4.3.1	Materiell sannhet	42
4.3.2	Prevensjonshensyn	43
4.3.3	Alminnelig rettsfølelse	44
4.4	Bevisavskjæring i norsk rett	44
4.5	Ulovlige og utilbørlige bevis	45
4.5.1	"Utilbørlig"	46
4.6	Følgen av at bevis er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte	48
4.6.1	Gjentakelse eller fortsettelse av krenkelsen?	48

4.6.2	Interesseavveining.....	50
4.7	Selve anvendelsen er utilbørlig.....	52
4.7.1	<u>Anvendelse</u> i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering	53
4.7.2	Bølgepapp-kjennelsen	54
4.7.3	Rt. 2007 s. 932	55
4.7.4	HR-2013-575-A	58
4.7.5	Oppsummering	60
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	61
5.1	Rettstilstanden i dag.....	61
5.2	Veien videre.....	62
6	LITTERATURLISTE	64

1 Innledning

1.1 Aktualitet. Begrunnelse for valg av emne

I et demokratisk samfunn er det essensielt å ha styringsmekanismer som effektivt kan håndheve rettsregler fastsatt av Stortinget. I Norge består styringsmekanismene av forvaltningen gjennom ulike etater, og påtalemyndighetene som avgjør påtalespørsmålet i straffesaker. Det er et tosporet system² som i stor grad må sees i sammenheng.

På straffeprosessens område gjør særlige hensyn seg gjeldende på grunn av styrkeforholdet partene imellom. Det er derfor svært viktig at der finnes grunnleggende rettigheter som verner om siktede. Siktede og hans forklaring er ofte det viktigste beviset i saken, noe som kan være problematisk ved mangel på andre bevismidler. Siktede har rett til å forholde seg taus, jf. straffeprosessloven³ §§ 90, 123 og 230. Taushetsretten er også nedfelt i konvensjoner inkorporert i norsk rett som Norge er forpliktet til å etterleve både ved utforming og anvendelse av lover.

Tilsvarende rettighet er ikke nedfelt i forvaltningsloven⁴, og straffeprosesslovens regler gjelder kun saker om straff, jf. strpl. § 1. Isteden er det i stor grad slik at enkelte tilsynsorganer har kompetanse til å pålegge personer å utlevere opplysninger under trussel om sanksjoner. En slik opplysningsplikt, eksempelvis selvangivelsesplikten, er en nødvendighet i et velfungerende demokratisk samfunn⁵.

At de to regelsettene er fundamentalt forskjellig hva angår taushetsrett og opplysningsplikt, og at adgangen til å benytte informasjon avgitt til tilsynsforvaltningen i senere straffesak

² Se Stub (2011) s. 17

³ Se Straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25, heretter strpl.

⁴ Se Forvaltningsloven av 10. februar 1967, heretter fvl.

⁵ Se Ravlo-Losvik (1999) s. 329

ikke er direkte lovregulert, medfører at det kan oppstå konflikt med vernet mot tvungen selvinkriminering.

1.2 Presisering av problemstilling

Oppgavens sentrale problemstilling er adgangen til bruk av pliktig avgitt informasjon til tilsynsforvaltningen under hovedforhandling i straffesak, og hvilke skranker som følger av vernet mot tvungen selvinkriminering.

Forvaltningens kompetanse til å pålegge borgere å utlevere informasjon behandles først kort i oppgavens punkt 2 for å få et helhetlig perspektiv på saksgangen, og bedre forståelse for oppgavens sentrale problemstilling. Hva slags type informasjon kan forvaltningen pålegge borgerne å utlevere under trussel om sanksjon? Hvilke opplysninger omfattes av opplysningsplikten på kontrollstadiet?

Det redegjøres kort for rettigheter siktede har etter straffeprosessloven i forhold til taushetsretten. Av relevans for problemstillingen er også regler som gir adgang til informasjonsflyt mellom forvaltningen og påtalemyndigheten.

Vernet mot tvungen selvinkriminering og vernets innhold på bakgrunn av praksis fra EMD behandles deretter i punkt 3. Det materielle innholdet i selvinkrimineringsvernet er omdiskutert og praksis er ikke entydig. En sentral problemstilling er derfor hva innholdet i vernet mot tvungen selvinkriminering på generelt grunnlag er.

Problemstillingens kjerne er i hvilke tilfeller det er aktuelt å avskjære bevis på grunnlag av vernet mot tvungen selvinkriminering. Det redegjøres for avskjæring av bevis på ulike grunnlag, og konkret i hvilke tilfeller det er tale om bevisavskjæring på bakgrunn av selvinkrimineringsvernet. Praksis fra EMD og Høyesterett vil her være sentralt.

Avslutningsvis oppsummeres rettstilstanden med henblikk på hvordan selvinkrimineringsvernet ivaretas og veien videre.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Begrepet ”selvinkriminering”

Forståelsen av ”vern mot tvungen selvinkriminering” er ikke entydig. I NOU 2003:15 brukes ”selvinkriminering” om prinsippet at siktede i en straffesak ikke plikter å bidra til egen domfellelse. Retten til å forholde seg taus er i utredningen en del av vernet mot selvinkriminering⁶. Ifølge utredningen innebærer vernet at siktede ikke kan tvinges til å bidra til egen domfellelse gjennom erkjennelse av skyld, vitnemål eller å fremskaffe fellende bevis.

I flere avgjørelser fra Høyesterett, eksempelvis Rt. 2007 s. 932, behandles retten til å forholde seg taus og retten til ikke å bidra til sin egen domfellelse under fellesbenevnelsen ”vern mot selvinkriminering”⁷.

I Johansens artikkel anses retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til sin egen domfellelse som to selvstendige rettigheter, hvor kun sistnevnte inngår i vernet mot selvinkriminering⁸. Således kan retten til å forholde seg taus være krenket, uten at retten til ikke å bidra til sin egen domfellelse er krenket, og motsatt. Han påpeker i artikkelen at det i norsk juridisk litteratur ikke er vanlig å skille mellom retten til ikke å måtte bidra til sin egen domfellelse og retten til å forholde seg taus, men at disse vanligvis behandles under benevnelsen ”vern mot selvinkriminering”⁹.

⁶ Se NOU 2003:15 s. 103 avsnitt 5.7.12.1

⁷ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 17

⁸ Se Johansen (2009) s. 48 og 49

⁹ Se Johansen (2009) s. 48

Også i praksis fra EMD skilles det mellom retten til å forholde seg taus og vern mot tvungen selvinkriminering¹⁰, men det angis ikke hvilken rettslig betydning sontringen har, og hva som nærmere ligger i retten til å forholde seg taus¹¹. I likhet med Øyens fremstilling i ”Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen” finner jeg det naturlig å behandle retten til å forholde seg taus som en del av vernet mot tvungen selvinkriminering. Øyen behandler retten til taushet, også kalt ”verbal selvinkriminering”, som en underkategori av selvinkrimineringsvernet, og han fremhever at vernet favner videre da også faktiske handlinger som ransakelse og beslag omfattes¹².

I oppgaven omfattes retten til taushet og retten til ikke å bidra til egen domfellelse av selvinkrimineringsvernet.

1.3.2 ”Criminal charge”

Vern etter EMK art. 6 nr. 1 betinger at det er tale om enten ”civil rights and obligations” eller ”criminal charge”¹³. Det er derfor nødvendig med en presisering av hva som menes med ”criminal charge”. For at det skal være tale om ”criminal charge” i EMKs forstand, tas det utgangspunkt i Engelkriteriene¹⁴ oppstilt av EMD. Kriteriene vil bli kort redegjort for i oppgavens punkt 3.2.

I oppgaven vil ”criminal charge” bli benyttet hvor det er tale om straffesiktelse i EMK forstand, og må ikke forveksles med ”siktet” i henhold til strpl. § 82.

¹⁰ Se Funke mot Frankrike avsnitt 44

¹¹ Se Øyen (2010) s. 25

¹² Se Øyen (2010) s. 25

¹³ Se Nou 2003:15 s. 95

¹⁴ Se Engel og andre mot Nederland

1.3.3 Siktet

I strpl. § 82 (1) fremgår tre alternative vilkår for å få stilling som siktet. En siktet er en påtalemyndigheten har ”erklært (...) for siktet”, ”forfølgning mot ham er innledet ved retten” eller ”det er besluttet eller foretatt pågrepelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot ham”. Å få stilling som ”siktet” fremfor mistenkt medfører at fulle partsrettigheter inntre for vedkommende, jf. strpl. § 82. Skillet etter gjeldende straffeprosesslov har imidlertid mindre rettslig betydning¹⁵.

Begrepet ”siktet” anvendes med tanke på den betydning begrepet tillegges i straffeprosessloven. Dette skillet er viktig fordi ”criminal charge” etter EMK og ”siktelse” etter strpl. har forskjellig innhold.

1.3.4 Bevis

Torgersen definerer i sin avhandling bevis som ”data av enhver art som tar sikte på å bidra til sakens opplysning”¹⁶. Denne definisjonen benyttes i oppgaven.

1.4 Rettskildebildet

Den juridiske metoden i oppgaven vil ikke drøftes inngående, både av hensyn til plassmangel, men også fordi det vanskelig lar seg gjøre uten å ta stilling til omfattende problemstillinger faget rettskildelære reiser. Jeg vil isteden la oppgavens drøftelser vise metodikken, og redegjøre kort for rettskildebildet innenfor oppgavens problemstilling, med hovedvekt på menneskerettighetene.

De mest sentrale lover for oppgaven er straffeprosessloven og menneskerettsloven med tilhørende konvensjoner¹⁷. Straffeprosesslovens forarbeider berører i liten grad menneske-

¹⁵ Se Andenæs (2008) s. 54

¹⁶ Se Torgersen (2009) s. 19

rettighetene, men vil anvendes i relasjon til bevisavskjæring¹⁸. Menneskerettslovens forarbeider er også av betydning, særlig med tanke på forholdet mellom strpl. og menneskerettighetene. Også forarbeidene til ulike spesielle forvaltningslover anvendes i oppgaven. Særlig NOU 2012:7 har relevans, fordi forholdet mellom forvaltningsrettslig opplysningsplikt og selvinkrimineringsvernet drøftes inngående, i tillegg til at NOUen er relativt fersk. Forarbeidene til den nye straffeloven¹⁹, NOU 2003:15, brukes inngående i oppgaven. I NOU 2003:15 drøftes vern mot tvungen selvinkriminering grundig, og utvalget kommer med konkrete forslag som skal styrke vernet.

Praksis fra Høyesterett vil ha særlig betydning i oppgaven, først og fremst fordi bevisavskjæringsreglene i stor grad er ulovfestet og således utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori.

Straffeprosess er et rettsområde hvor menneskerettighetene siden begynnelsen av 1990-tallet i økende grad har blitt påberopt og tillagt vekt. At Norges folkerettslige forpliktelser generelt står sentralt i straffeprosessen vises gjennom strpl. § 4, som medfører at eventuelle folkerettslige begrensninger Norge har ratifisert er gjort til en del av norsk rett gjennom bestemmelsen²⁰. I tillegg er menneskerettighetenes posisjon i norsk rett styrket gjennom vedtakelse av Grunnloven²¹ § 110c.

Gjennom menneskerettsloven ble fem sentrale konvensjoner gjort til norsk rett, blant disse er EMK.

¹⁷ Se Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30, heretter mnskrl.

¹⁸ Se Andenæs (2008) s. 10

¹⁹ Se Straffeloven av 20. mai 2003 nr. 28

²⁰ Se Andenæs (2008) s. 9

²¹ Se Grunnloven av 17. mai 1814, heretter Grl

1.4.1 Særlig om menneskerettigheter

Oppgavens tema er vern mot tvungen selvinkriminering som er hjemlet i en rekke internasjonale konvensjoner, eksempelvis EMK og SP. Norge har ratifisert og inkorporert EMK og SP gjennom mnskrl., og har dermed forpliktet seg til å overholde konvensjonens bestemmelser. Menneskerettigheter kan i korte trekk sies å være ”grunnleggende rettigheter og friheter som individene har overfor statens myndigheter, og som følger av internasjonale overenskomster og praksis”²², og begrunnes med at overholdelse av konvensjonen ikke er et rent nasjonalt anliggende²³. Nasjonalstatene avgir gjennom ratifisering av menneskerettskonvensjoner suverenitet til overnasjonale kontrollorganer med det for øye å sikre menneskerettighetene i nasjonalstaten²⁴.

Det følger av mnskrl. § 3 at bestemmelsene i konvensjonene vedtatt i loven ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Det er Høyesterett som har utformet tolkningsprinsipper for anvendelse av forrangsbestemmelsen i mnskrl. § 3. To sentrale avgjørelser er Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2005 s. 833.

I avgjørelsene slår Høyesterett fast at norske domstoler skal foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen og anvende EMDs metode ved anvendelse av reglene i EMK²⁵. At det er EMDs metode som skal anvendes ved tolkningen av EMK fremgår også av forarbeidene til mnskrl.²⁶.

²² Se Høstmælingen (2007) s. 27

²³ Se Jebens (2004) s. 65

²⁴ Se Jebens (2004) s. 65

²⁵ Se bl.a Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

²⁶ Se Innst.O.nr.51 (1998-1999) s. 6

1.4.1.1 Særlig om EMDs metode

Utgangspunktet ved tolkning av EMK er tolkningsprinsipper nedfelt i Wienkonvensjonen 23. mai 1969 artikkel 31-33. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men prinsippene nedfelt i Wienkonvensjonen art. 31-33 er antatt å gi uttrykk for ulovfestet folkerett²⁷. Her skal bare nevnes enkelte særegenheter ved EMDs metode.

Det er særlig tre faktorer som fremheves ved EMDs metode; autonom fortolkning, dynamisk fortolkning og statenes skjønnsmargin.

EMD har i flere avgjørelser understreket at konvensjonens begreper er **autonome**, det vil si at enkelte av konvensjonens begreper får det samme materielle innhold i alle konvensjonsstatene. Begrepets innhold i henhold til nasjonal rett er i disse tilfellene ikke av betydning. Eksempelvis kan nevnes at det er EMD som fastlegger innholdet av hva som anses som ”torture” eller ”inhuman or degrading treatment or punishment”, jf. EMK art. 3. Hensikten med autonom fortolkning av begreper er å sikre et felles beskyttelsesnivå i alle konvensjonsstatene²⁸. Både lovgiver og domstolene er bundet av konvensjonen etter det innholdet EMD legger i den²⁹.

Samtidig fortolker EMD i stor grad konvensjonen **dynamisk** for å sikre et effektivt vern. I blant annet Christine Goodwin mot Storbritannia uttalte EMD at ”(t)he Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess ”in the light of present-day conditions” what is now the appropriate interpretation and application of the Convention”³⁰. I Tyrer mot Storbritannia³¹ ble konvensjonen betegnet som et “living

²⁷ Se NOU 2003:7 punkt 9.1.3

²⁸ Se NOU 2003:7 punkt 9.1.3

²⁹ Andenæs (2008) s. 10

³⁰ Se application no. 28957/95 avsnitt 75

³¹ Se application no. 5856/72 avsnitt 31

instrument”, som viser at EMD foretar en dynamisk fortolkning av konvensjonen. Dette medfører at det ikke er en sterk prejudikatlære innenfor EMK.

Konvensjonsstatenes **skjønnsmargin** eller ”margin of appreciation” kan begrunnes ut ifra at rettssystemene i konvensjonsstatene er svært ulike³². Eksempelvis skiller common law systemet i Storbritannia seg vesentlig fra det norske rettssystemet. Harmonisering av konvensjonsstatenes rettsystemer er derimot ikke hovedformålet med EMK, i det konvensjonen skal sikre den europeiske kulturarven³³.

I Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 angir Høyesterett: “dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning”.

EMK legger ingen føringer for hvordan konvensjonen gjennomføres i nasjonalstatene. I EMDs rettsanvendelse hensyntas nasjonalstatenes ulike kulturer og rettssystemer gjennom ”margin of appreciation”, men også skjønnsmarginen er underlagt enkelte begrensninger. Skjønnsmarginen kan derfor ikke anvendes på en slik måte at ”the very essence of the right” blir svekket³⁴. Prinsippet vil derfor stå svakere på strafferettens og straffeprosessens område, hvor det er tale om sentrale rettssikkerhetsgarantier³⁵. Dette uttalte også Høyesterett i Rt. 2005 s. 833, avsnitt 76.

³² Se Jebens (2004) s. 60

³³ Se Jebens (2004) s. 61

³⁴ Se EMDs uttalelser i blant annet Christine Goodwin mot Storbritannia avsnitt 90

³⁵ Se Jebens (2004) s. 61

1.4.2 Forholdet mellom straffeprosessloven og EMK

Høyesterett praksis fra tidlig 1990-tallet viser at Høyesterett i stor grad viser til EMK uten å klargjøre EMKs betydning i norsk rett, og hvordan spørsmål om motstrid skal løses³⁶. En foreløpig avklaring kom i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp) hvor Høyesterett åpnet for å la EMK få forrang gjennom å oppstille et klarhetskrav. Klarhetskravet ble modifisert i Rt. 2000 s. 996 hvor norske domstolars selvstendige tolkning av konvensjonen ble fremhevet. På bakgrunn av uttalelsene i Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2005 s. 833 gjelder i dag intet generelt prinsipp ved spørsmål om motstrid mellom inkorporert konvensjon og norsk rett i det løsningen beror på Høyesteretts tolkningsprinsipper relatert til mnskrl. § 3.

1.5 Avgrensning

Oppgavens hovedfokus er selve *bruken* av informasjon under hovedforhandlingen, og hvilke tilfeller det kan bli tale om avskjæring av bevis på grunnlag av vern mot tvungen selvinkriminering. Selve innhenting av informasjonen på kontrollstadiet vil derfor kun bli behandlet i korte trekk gjennom konkurranselovens og ligningslovens opplysningshemler. Fremstillingen vil likevel ha en generell rekkevidde i det problematikken i forholdet mellom forvaltningssporet og det straffeprosessuelle sporet gjør seg gjeldende innenfor flere forvaltningsrettslige områder. Det avgrenses mot de tilfeller hvor det er forvaltningen selv som legger sanksjon.

Oppgavens problemstilling er spørsmålet om bevisavskjæring på bakgrunn av vernet mot tvungen selvinkriminering. Andre grunnlag for å avskjære bevis gjennomgås kun hvor det er nødvendig for sammenhengen.

Hovedfokuset i oppgaven vil primært være EMK da det foreligger lite praksis om SP art. 14 nr. 3³⁷ fra Menneskerettighetskomiteen i FN, noe som gjør det vanskelig å presisere det

³⁶ Se Jebens (2004) s. 72

³⁷ Se Øyen (2010) s. 20

nærmere innholdet av vernet etter SP. Selvinkrimineringsvernet etter EU/EØS retten vil ikke behandles.

2 Forvaltningsrett og straffeprosess

2.1 Forvaltningsrett og forvaltningens virksomhet

Det følger av det ulovfestede legalitetsprinsippet at hjemmel er påkrevd for å kunne gripe inn i den alminnelige handlefriheten til borgerne. Gjennom forvaltningsretten og statsretten gis forvaltningsorganer kompetanse til å utøve offentlig myndighet overfor borgerne, samtidig som det i regelsettene også settes grenser for denne kompetansen³⁸. Der finnes forskjellige typer forvaltningsorganer, som for eksempel regjeringen, de ulike departementene, direktorater, kommuner og fylkeskommuner, som alle treffer ulike myndighetsvedtak.

Kontroll- og tilsynsvirksomhet er også en del av forvaltningens virksomhet. Med kontroll- og tilsynsvirksomhet menes i denne sammenheng forvaltningsrettslige organer som har ansvaret for å håndheve lovgivningen innenfor sitt felt, eksempelvis konkurransetilsynet, arbeidstilsynet eller mattilsynet. At håndheving av lover er tilsynenes hovedoppgaver fremgår ofte av lovgivningen selv, se for eksempel arbeidsmiljøloven § 18-1(1) 1. pkt.

Det vises til Stubs fremstilling hvor han definerer forvaltningens tilsynsvirksomhet som *”en løpende, formålsstyrt virksomhet som tar sikte på å avklare om andre overholder generelle eller individuelle rettslige forpliktelser, og å vurdere om det i tilfellet bør ilegges reaksjoner eller sanksjoner ved brudd”*³⁹. I definisjonen foretas et grunnleggende tidsmessig skille mellom de ulike forvaltningsstadier, hvor det første trinnet består av eksempelvis å vurdere om vilkårene for å innvilge dispensasjon er tilstede, jf. plan- og bygningsloven⁴⁰ § 20-1. Det andre trinnet utgjør selve kontrollen ved om søkeren fremdeles fyller vilkårene for dispensasjon, altså å vurdere om det foreligger brudd på loven. I henhold til definisjonen oppstilt av Stub, og som vil anvendes i oppgaven, er det kun sistnevnte trinn som omfattes av forvaltningens tilsyns- og kontrollvirksomhet.

³⁸ Se Eckhoff (2008) s. 3

³⁹ Se Stub (2011) s. 50

⁴⁰ Se Plan- og bygningsloven av 27. juni 2008 nr. 71, heretter pbl.

En tilsynssak innledes på initiativ fra forvaltningen selv. Det kan være forskjellige årsaker til at forvaltningen etter en vurdering finner at det bør åpnes sak, for eksempel et tips eller medieomtale. Under saken er det forvaltningen som har ansvaret for sakens opplysning, jf. fvl. § 17. For å skaffe til veie de nødvendige opplysninger i anledning saken har tilsynsforvaltningen virkemidler de kan benytte seg av gjennom ulike pålegg, eksempelvis pålegg om å avgi forklaring, pålegg om å utlevere opplysninger eller foreta beslag av materiale relevant for tilsynssaken.

2.1.1 Legalitetsprinsippet

Adgang til å innhente informasjon forutsetter at forvaltningen har materiell kompetanse, fordi det å pålegge borgerne opplysningsplikt utgjør et inngrep i borgernes privatautonomi. Det følger da ut i fra en positiv avgrensning av det ulovfestede legalitetsprinsippet at slike inngrep, på grunn av sitt innhold, krever hjemmel i lov.

Å pålegge utlevering av informasjon eller opplysningsplikt forutsetter kompetanse⁴¹. Ut i fra denne betraktningen kan det formuleres en hovedregel om at det ikke foreligger plikt for borgerne til å utlevere opplysninger til offentlige myndigheter med mindre noe annet er særskilt fastsatt⁴². Det er derfor kun i særlige tilfeller at lovgiver har gitt forvaltningen hjemmel til å pålegge borgerne en straffesanksjonert opplysningsplikt eller på annen måte å utlevere informasjon⁴³.

Tilsynsforvaltningen vil nesten alltid kunne vise til en lovbestemmelse, enten formell lov eller forskrift med hjemmel i lov, som rettslig grunnlag for sin virksomhet⁴⁴. Spørsmålet er

⁴¹ Se Stub (2011) s. 74

⁴² NOU 2012:7 punkt 7.3.1

⁴³ NOU 2012:7 punkt 7.3.1

⁴⁴ Se Stub (2011) s. 78

derfor ofte om inngrepshjemmelen er tilstrekkelig klar, i henhold til legalitetsprinsippets relative side, som krever klarere hjemmel jo mer inngripende tiltak det er tale om.

2.1.2 Begrunnelse for adgang til å innhente informasjon

Begrunnelsen for at forvaltningen er gitt kompetanse til å pålegge borgerne å utlevere opplysninger er først og fremst signaleffekten av en lovfestet opplysningsplikt. Signaleffekten er særlig av betydning i de tilfeller hvor vitner som ønsker å avgi forklaring står mistenkte nær. Å kunne vise til en lovfestet forklaringsplikt kan gjøre det lettere for vedkommende som skal forklare seg⁴⁵. Et annet moment er borgerplikten til å bidra med å avdekke lovbrudd som er skadelig for samfunnet⁴⁶. Effektivitetsmomentet kan også nevnes som en del av begrunnelsen for opplysningsplikten fordi det å avgi falsk forklaring til offentlig myndighet er straffbart, jf. straffeloven § 166 (1)⁴⁷.

2.2 Plikt til å utlevere informasjon

En rekke spesiallover innenfor forvaltningsretten pålegger borgere i ulike situasjoner å utlevere informasjon til forvaltningsorganer. Eksempelvis kan nevnes konkurranseloven⁴⁸ § 24, markedsføringsloven § 33 og ligningsloven⁴⁹ § 4-2.

For at de ulike tilsyn skal kunne utføre sine oppgaver som nevnt i pkt. 2.1, må tilsynet ha mulighet til å innhente det nødvendige informasjonsgrunnlaget. Hensynet til en effektiv håndhevelse av reglene ivaretas gjennom at forvaltningen kan pålegge en vid personkrets å utlevere informasjon. Plikten til å utlevere informasjon gjelder selv om informasjonen kan

⁴⁵ Se NOU 2003:12 punkt 8.6.2.2

⁴⁶ Se NOU 2003:12 punkt 8.6.2.2

⁴⁷ Se Straffeloven av 22. mai 1902, heretter strl.

⁴⁸ Se Konkurranseloven av 5. mars 2004 nr. 12, heretter krll.

⁴⁹ Se Ligningsloven av 13. juni 1980 nr. 24, heretter lignl.

føre til at det treffes tyngende vedtak mot vedkommende, eller medfører at straffbare forhold avdekkes.

2.2.1 Utlevering av informasjon etter ligningsloven

Eksempel kan hentes fra lignl. § 4-1 som pålegger skattyter en alminnelig opplysningsplikt omkring alle forhold relevant for å beregne korrekt skatt. Det er således skattyter som har ansvaret for at korrekt fakta blir lagt til grunn for beregning av skatt. Dette gjenspeiles også gjennom selvangivelsesplikten, jf. lignl. § 4-2. Dersom skattyter ikke overholder opplysningsplikten aktsomt og lojalt slik det følger av lignl. § 4-1 kan fristen for endring av ligning som i utgangspunktet er to år, jf. lignl. § 9-6 (3) litra a, forlenges til ti år til skattyters ugunst, jf. lignl. § 9-6 (1). I tillegg risikerer skattyter tilleggsskatt eller straff, jf. lignl. kap. 10 og 12. For at straff etter lignl. kap 12 skal være aktuelt må det åpnes straffesak mot vedkommende, ettersom straff bare kan idømmes i straffesak.

Opplysningspliktens omfang er i rettspraksis begrenset til ”det som er nødvendig for å få gjennomført en skatterettslig korrekt ligning av den viss opplysningsplikt vurderes”⁵⁰. Ansvaret innebærer videre å innberette alle relevante opplysninger, både til gunst og ugunst for skattyter, til ligningsmyndigheten⁵¹.

Det følger videre av lignl. § 4-10 (1) litra a at ligningsmyndighetene kan pålegge enhver som omfattes av selvangivelsesplikten, jf. lignl. § 4-2 nr. 1, å legge frem, utlevere eller sende inn sine regnskapsbøker, bilag, kontrakter, korrespondanse, styre- og revisjonsprotokoller og andre dokumenter av betydning for hans ligning og kontrollen av denne. Oppregningen er ikke uttømmende ifølge ordlyden av ”andre dokumenter av betydning”, men det stilles krav om saklig sammenheng til kontroll av ligningen. Bestemmelsen gir med andre ord ligningsmyndigheten en vid adgang til å pålegge utlevering av informasjon.

⁵⁰ Se Rt. 1999 s. 223 s. 239 Skoghøys votum med tilslutning i Rt. 2006 s. 1598

⁵¹ Se Stoveland, Gyldendal Rettsdata kommentar til Ligningsloven note 120

2.2.2 Utlevering av informasjon etter konkurranseloven

Et annet eksempel kan hentes fra krrl. § 24 som gir konkurransemyndighetene hjemmel til å kreve opplysninger i konkurransesaker⁵². Bestemmelsens (1) 1. pkt angir at enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de ”opplysninger” som kreves. Ordlyden tilsier dermed at det her er tale om muntlige opplysninger, men også annen type relevant informasjon omfattes. Opplysningsplikten er todelt i det plikten innebærer å gi opplysninger, men også en plikt til å utlevere informasjon og informasjonsbærer fysisk til konkurransemyndighetene⁵³.

En plikt til å gi informasjon for borgerne forutsetter et pålegg fra konkurransemyndighetene⁵⁴. Dersom et pålegg fra konkurransemyndighetene ikke etterkommes kan det medføre tvangsmulkt etter krrl. § 28, gebyr, jf. krrl. § 29 eller straff, jf. krrl. § 30.

Opplysningsplikten er ifølge forarbeidene knyttet til kontroll med forbudsbestemmelser samt de videre reguleringsoppgaver konkurransemyndighetene har, og omfatter all informasjon som kreves for at konkurransemyndighetene skal kunne utføre sine lovbestemte oppgaver⁵⁵.

2.3 Straffeprosess

De overordnede målsetninger for straffeprosessen er at prosessen skal være effektiv, vekke tillit og viktigst av alt være hensynsfull og betryggende overfor de involverte i saken⁵⁶. Betryggende blir rettergangen først når lover og regler legger til rette for at faktum avdekkes og at rettsreglene anvendes korrekt⁵⁷. Anklageprinsippet, offentlighet, muntlighet og

⁵² Se Kolstad, Gyldendal Rettsdata kommentar til Konkurranseloven note 202

⁵³ Se Kolstad, Gyldendal Rettsdata kommentar til Konkurranseloven note 202

⁵⁴ Se Kolstad, Gyldendal Rettsdata kommentar til Konkurranseloven note 205

⁵⁵ Se Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004) s. 235

⁵⁶ Se Andenæs (2008) s. 2

⁵⁷ Se Andenæs (2008) s. 2

bevisumiddelbarhet er midler som skal sikre at norsk straffeprosess er et godt rettergangssystem⁵⁸.

2.3.1 Taushetsrett

Det følger av strpl. §§ 90 og § 232 (1) at siktede/mistenkte har rett til å forholde seg taus. For at taushetsretten skal være reell fremgår av strpl. § 232 (1) at mistenkte skal gjøres kjent med saken og at han ikke har forklaringsplikt⁵⁹. Likeledes er vitner beskyttet gjennom en adgang til å nekte å besvare inkriminerende enkeltspørsmål, jf. strpl. § 123. Taushetsretten var aktuell blant annet i Rt. 1999 s. 1269 hvor Høyesterett fastslo at bevis innhentet ved hjelp av utradisjonelle etterforskningsmetoder var ulovlig innhentet fordi mistenktes rett til å forholde seg taus ikke var tilstrekkelig ivaretatt⁶⁰.

2.4 Forholdet mellom forvaltningsretten og straffeprosessen

De skisserte elementære forskjellene mellom systemet i straffeprosessen og i forvaltningsretten skaper problemstillinger som ikke er lovregulert. Etter dagens situasjon er det i stor grad opp til forvaltningens skjønn å avgjøre når og hvorvidt en sak skal oversendes til påtalemyndighetene. Adgangen til å anvende informasjon innhentet av forvaltningen på kontrollstadiet er dermed avhengig av at forvaltningen utviser et forsvarlig skjønn.

Spenningsforholdet mellom de to prosessuelle sporene tydeliggjøres ved at det i fvl. § 13 b nr. 6 er adgang til informasjonsflyt mellom forvaltning og påtalemyndighetene. Bestemmelsen angir at taushetsplikten som følger av fvl. § 13 ikke er til hinder for at "forvaltningsorgan anmelder eller gir opplysninger om lovbrudd til påtalemyndigheten". Adgangen til å videreformidle informasjon er betinget av at det finnes ønskelig av "allmenne omsyn"

⁵⁸ Se Andenæs (2008) s. 3

⁵⁹ Se Rt. 1999 s. 1269, s. 1271

⁶⁰ Se Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

eller forfølgning av lovbruddet har ”naturlig sammenheng med angiverorganets oppgaver”. Ordlyden tilsier at det ikke foreligger plikt til å videreformidle informasjon, jf. ”ikke til hinder for”. I tillegg er adgangen direkte begrenset til opplysninger i forbindelse med lovbrudd⁶¹. Bestemmelsen gir dermed en vid adgang til informasjonsflyt mellom forvaltningsorgan og påtalemyndighetene.

Det ble i NOU 2003:15 fremmet forslag om en ny bestemmelse i forvaltningsloven som pålegger forvaltningen en opplysningsplikt om vernet mot selvinkriminering overfor borgerne i saker hvor det kan være aktuelt med administrative sanksjoner eller politianmeldelse⁶². Forslag til bestemmelsen med overskrift ”vern mot selvinkriminering” er gitt følgende ordlyd:

”I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller å utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.”

Bestemmelsen er ment å gjelde generelt i saker om administrative sanksjoner eller mulig anmeldelse til påtalemyndighetene, og er et bidrag til at norsk forvaltningsrett skal tilfredsstille minstekravene som oppstilles i EMK art. 6 nr. 1. Ifølge NOU 2012:7 ”Mer effektiv konkurranselov” skulle innstilling fra Justisdepartementet foreligge i løpet av våren 2012⁶³. Innstillingen er per i dag ikke ferdigstilt.

⁶¹ Se Bernt, Gyldendal Rettsdata kommentar til forvaltningsloven note 319

⁶² Se NOU 2003:15 s. 191

⁶³ Se NOU 2012:7 punkt 7.3.3.2

2.4.1 To adskilte prosessuelle spor

Som sagt innledningsvis er straffesanksjonert opplysningsplikt på kontrollstadiet og taushetsretten som siktede har etter strpl. problematisk i forhold til vernet mot tvungen selvinkriminering, oppstilt i blant annet EMK art. 6 nr.1. Som fremholdt i Torgersens avhandling kan problematikken spores tilbake lenge før konvensjonen, men den rettskildemessige situasjonen i dag tilsier at EMK er en svært sentral rettskilde innenfor problemstillingen⁶⁴.

Dette bekreftet Høyesterett i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp). Spørsmålet i saken var om forklaringer avgitt av en bedrifts direktører og ansatte på kontrollstadiet kunne benyttes som bevis under hovedforhandlingen. På s. 615 i kjennelsen uttaler Høyesterett: ”Men jeg finner det klart at man ikke av de straffeprosessuelle regler kan utlede noe alminnelig forbud mot at opplysninger som er gitt pliktmessig på denne måten, benyttes som bevis i en etterfølgende straffesak”.

Det skilles videre i avgjørelsen klart mellom det straffeprosessuelle sporet og det forvaltningsrettslige sporet – retten er skeptisk til å gi straffeprosessuelle regler anvendelse på kontrollstadiet⁶⁵.

Retten vurderte også forholdet til EMK, særlig den nylig avsatte EMD-dommen Funke mot Frankrike. Funke-saken vil redegjøres nærmere for i pkt. 3. Bølgepapp-kjennelsen illustrerer imidlertid at det først og fremst er EMK man ser hen til for å finne løsning på den skisserte problematikken. Også innenfor EMK har det siden Funke-dommen ble avsagt kommet flere avgjørelser som vedrører vernet mot tvungen selvinkriminering, og som har bidratt til at vernet er videreutviklet.

⁶⁴ Se Torgersen (2009) s. 239

⁶⁵ Se Rt. 1994 s. 610 s. 614

3 Vern mot tvungen selvinkriminering

3.1 Hjemmel

Vern mot tvungen selvinkriminering er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti og kommer til uttrykk i flere folkerettslige traktater og konvensjoner. I SP art. 14 nr. 3 litra g oppstilles et vern mot tvungen selvinkriminering ved at anklagede har rett til "not to be compelled to testify against himself or to confess guilt". Også i EMK art. 6 nr. 1 innfortolkes et vern mot tvungen selvinkriminering i retten til en "fair (...) hearing". I Funke mot Frankrike uttaler domstolen: "within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself"⁶⁶.

3.2 Kort om vilkår for vernets anvendelse

For at rettigheter etter EMK art. 6 nr. 1 skal komme til anvendelse i straffesaker må saksgangen være på et slikt stadium at det er tale om "the determination" av "criminal charge".

Ordlyden av "the determination" tilsier at vernet ikke får anvendelse før sakens realiteter skal avgjøres av de ordinære domstolene⁶⁷. Dette er også hovedområdet for bestemmelsens anvendelse. Praksis fra EMD og Høyesterett viser imidlertid at det i enkelte tilfeller er behov for vern mot tvungen selvinkriminering på et tidligere stadium av saken, for eksempel på visse forvaltningsstadier⁶⁸.

Ved oppfyllelse av vilkåret "criminal charge" får hele EMK art. 6 anvendelse. Begrepet skal fortolkes autonomt, den nasjonale betydningen av vilkåret er dermed ikke avgjørende. På bakgrunn av praksis fra EMD har særlig tre kriterier vært avgjørende for om det foreligger "criminal charge". Engelkriteriene er den nasjonale klassifiseringen av sanksjonen,

⁶⁶ Se Funke mot Frankrike avsnitt 44

⁶⁷ Se NOU 2003:15 punkt 5.7.4

⁶⁸ Se NOU 2003:15 punkt 5.7.4, J.B mot Sveits application no. 31827/96 og Rt. 2002 s. 996

handlingens karakter og alvor, og sanksjonens innhold og alvor. Momentene er alternative i det de hver for seg kan medføre at det foreligger ”criminal charge”, men også en samlet skjønnsmessig helhetsvurdering kan tilsi at vilkåret er oppfylt⁶⁹.

3.3 Begrunnelse for vernet – hvorfor en menneskerettighet?

Vernet mot tvungen selvinkriminering er i dag hjemlet i flere folkerettslige konvensjoner, blant annet EMK, men har røtter fra 1700- og 1800-tallet⁷⁰. Regler som stadfestet siktedes rett til å forholde seg taus erstattet adgangen til å benytte tortur som middel for å fremtvinge forklaring fra en mistenkt. Høyesterett påpekte i Rt. 1999 s. 1269 at ”(d)et er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen strafffellelse.”. Samtidig presierte Høyesterett i avgjørelsen at det lenge før inkorporasjonen av EMK og SP i norsk rett var et grunnfestet prinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt⁷¹.

I Saunders mot Storbritannia uttalte EMD at retten til å forholde seg taus og retten til ikke å inkriminere seg selv ligger i kjerneområdet for kravet om rettferdig rettergang, hvilket tilsier at et eventuelt brudd på selvinkrimineringsvernet ofte medfører at rettergangen ikke har vært ”fair”, jf. EMK art. 6 nr. 1⁷². Gjennom praksis fra EMD fremheves en rekke hensyn som begrunnelse for vernet mot tvungen selvinkriminering. Etter min mening flyter de ulike hensyn i stor grad over i hverandre.

⁶⁹ Se NOU 2003:15 punkt 5.7.5

⁷⁰ Se Johansen (2009) s. 50

⁷¹ Se Rt. 1999 s. 1269, s. 1271

⁷² Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 68

3.3.1 Hensynet til siktedes integritet

Hovedhensynet for vernet mot tvungen selvinkriminering er å ivareta siktedes integritet. EMD uttalte i *Saunders mot Storbritannia* at ”(t)he right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent”⁷³. EMD fremhever at kjernen i vernet er respekt for mistenktes vilje, som ut ifra en tolkning kan forstås som respekt for individets selvbestemmelsesrett og autonomi, hvilket også innebærer en valgfrihet for individet til selv å avgjøre om han vil forklare seg for påtalemyndigheten eller ikke⁷⁴.

I sammenheng med den rettspolitiske begrunnelsen for vernet mot tvungen selvinkriminering mener Øyen det er naturlig å tale om individets selvbestemmelsesrett, privatautonomi og valgfrihet. Samtidig fremhever han at det i stor grad også er tale om at mistenkte skal behandles med verdighet, som er en av de overordnede prosessuelle målsetningene i straffeprosessen⁷⁵. I forlengelsen av verdighetsargumentet drar Øyen parallell til EMK art. 3 som fastslår at ingen må utsettes for ”torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”, hvor hensynet til individets fysiske og psykiske integritet er fundamentet⁷⁶. Øyen trekker videre frem at EMD aldri har presisert hvorfor respekt for mistenktes vilje er viktig, men peker på dommer Martens dissens i *Saunders mot Storbritannia* som støtte for at også EMD anerkjenner verdighet som et sentralt hensyn for hvorfor mistenktes vilje skal respekteres⁷⁷.

⁷³ Se avsnitt 69

⁷⁴ Se Johansen (2009) s. 51

⁷⁵ Se Øyen (2010) s. 113

⁷⁶ Se Øyen (2010) s. 115

⁷⁷ Se Øyen (2010) s. 123 og *Saunders mot Storbritannia* dommer Martens dissens avsnitt 9

3.3.2 Myndighetsovergrep

Det fremgår av Saunders-saken at vernet skal beskytte individet mot ”improper compulsion” fra myndighetene for slik å unngå justismord, samt ivareta mer allmenne rettssikkerhetshensyn⁷⁸. Mens det tidligere i inkvisisjonsprosessene var svært vanlig å benytte tortur for å få mistenkte til å tilstå, beskytter nå staten individet mot å bli utsatt for slike myndighetsovergrep⁷⁹. Vernet er også effektivt fordi konvensjonen hindrer at bevis innhentet i strid med vernet ikke vil kunne anvendes i en senere straffesak mot mistenkte. Å benytte ulovlige tvangselementer ved innhenting av bevis bidrar på denne måten ikke til å fremme den materielle sannhet.

3.3.3 Public interests

Det er problematisk at mistenkte ofte er det viktigste bevismidlet i saken. Hensynet til siktedes integritet og hensynet til den materielle sannhet kan dermed komme i konflikt med hverandre ved at man må ofre det ene for å oppnå en effektiv prosess, og sikre at skyldige blir dømt. Ved å innhente bevis i strid med vernet mot selvinkriminering **kan** man komme nærmere den materielle sannhet. I Johansens artikkel fremgår at forklaringer gitt under utilbørlig press ofte viser seg ikke å stemme, og at en taushetsrett i større grad sikrer et materielt riktig resultat⁸⁰. Øyen uttaler i sin fremstilling at en forklaringsplikt kan begrunnes ut ifra det samfunnsmessige behovet for at straffesaker blir best mulig opplyst⁸¹. Videre angir også han at det er høyst uvisst om en forklaringsplikt vil bidra til at straffesaker blir bedre opplyst⁸².

⁷⁸ Se bl. a Murray mot Storbritannia avsnitt 45

⁷⁹ Se Johansen (2009) s. 50

⁸⁰ Se Johansen (2009) s. 51

⁸¹ Se Øyen (2010) s. 83

⁸² Se Øyen (2010) s. 123

EMD åpnet i Jalloh-saken for at ”the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant’s conviction” kan ha betydning i ”fair” vurderingen⁸³. Også i Gäfgen-saken fremheves momentet: ”On the one hand, the exclusion of – often reliable and compelling – real evidence at a criminal trial will hamper the effective prosecution of crime. There is no doubt that the victims of crime and their families as well as the public have an interest in the prosecution and punishment of criminals, and in the present case that interest was of high importance”⁸⁴.

At EMD har åpnet for ”public interests” som en del av ”fair” vurderingen har vært gjenstand for kritikk. Ashworth påpeker at kjernen i vernet er hvorvidt ”the essence of the privilege against self-incrimination is at issue”⁸⁵. Han fremhever videre at EMD åpner for en proporsjonalitetsvurdering og dermed for at ”a basic right is being ”trumped” by the public interests”⁸⁶.

3.3.4 Sammenhengen med uskyldspresumsjonen

Gjennom uskyldspresumsjonen er tiltalte sikret at han ikke kan dømmes ene og alene på bakgrunn av sin taushet, at hans taushet ikke kan være eneste fellende bevis, samt at han er uskyldig inntil det motsatte er bevist. Sammenhengen mellom vernet mot tvungen selvinkriminering og uskyldspresumsjonen er fremhevet i flere avgjørelser fra EMD, blant annet i Saunders mot Storbritannia⁸⁷. Vernet mot tvungen selvinkriminering forutsetter at påtalemyndigheten må bevise mistenktes skyld gjennom bevis som ikke er innhentet gjennom tvang eller annen undertrykkelse av mistenktes vilje. Sammenhengen med respekten for individets integritet og selvbestemmelsesrett kommer dermed tydelig fram her.

⁸³ Se Jalloh-saken avsnitt 119

⁸⁴ Se Gäfgen-saken avsnitt 175

⁸⁵ Se Ashworth (2008-2009) s. 764

⁸⁶ Se Ashworth (2008-2009) s. 764

⁸⁷ Se avsnitt 68

3.4 Oversikt over vernet etter EMK art. 6 nr. 1

Vernet mot tvungen selvinkriminering er utformet og presisert gjennom praksis i EMD, første gang i 1993 i saken Funke mot Frankrike⁸⁸. Kort fortalt gjaldt saken hvorvidt ilagt tvangsmulkt for å nekte å fremlegge dokumenter til tollmyndighetene var i strid med EMK art. 6 nr. 1. Domstolen fastslo at det forelå krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 fordi Funke ble tvunget til å utlevere inkriminerende informasjon under trussel om sanksjon. Avgjørelsen i seg selv ga ingen nærmere avklaring for vernets omfang, men ved å konstatere krenkelse av art. 6 nr. 1 i Funke-saken ga EMD uttrykk for at vernet mot tvungen selvinkriminering omfatter mer enn bare forklaringer⁸⁹.

Vernet ble nærmere presisert i John Murray mot Storbritannia hvor EMD uttalte at det avgjørende for om det forelå brudd på vernet mot selvinkriminering var om situasjonen ”destroyed the very essence of the privilege against self-incrimination”⁹⁰. Det angis i avgjørelsen at taushetsretten og retten til ikke å bidra til egen domfellelse ikke er absolutte rettigheter.

Rettssetningen ble fulgt opp i Saunders mot Storbritannia. Saken gjaldt forklaringer Saunders hadde avgitt under sannhetsplikt og straffeansvar til inspektører i DTI (Department of Trade and Industry), og måten disse forklaringene var brukt i den etterfølgende straffesaken. EMD tok utgangspunkt i rettssetningen oppstilt i John Murray saken⁹¹, men presiserte at vernet er ”primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent”. Informasjon og bevis som har ”an existence independent of the will of

⁸⁸ 25. februar 1993, application no. 10828/84

⁸⁹ Se Ashworth (2008-2009) side 754

⁹⁰ 8. februar 1996, application no. 18731/91, avsnitt 49

⁹¹ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 69 og John Murray mot Storbritannia avsnitt 49

the suspect” omfattes derimot ikke av vernet⁹². Respekten for individets vilje som kjernen i vernet mot tvungen selvinkriminering er også fastholdt av EMD i senere avgjørelser⁹³.

Vernet oppstiller altså et krav om respekt for individets vilje til å nekte å samarbeide i sin egen straffesak⁹⁴ gjennom vitnemål, erkjennelse, fremskaffelse av bevis samt en rett til å forholde seg taus⁹⁵.

Begrunnelsen i Saunders-saken er sparsom, dette gjør rekkevidden av dommen uklar. Etter Saunders-saken har EMD avgjort flere saker vedrørende vernet mot tvungen selvinkriminering som i noen grad har bidratt til nærmere avklaring omkring vernets virkeområde og grenser. I Saunders-saken sonder EMD mellom forklaringer og reelle bevismidler, dette skillet danner grunnlag for den videre fremstillingen.

3.4.1 Forklaringer

En sentral del av vernet mot tvungen selvinkriminering er retten til å forholde seg taus. Dette fremheves også av EMD, blant annet i saken Jalloh mot Tyskland, hvor den uttaler at selvinkrimineringsvernet, både av konvensjonspartene og andre steder, er ”commonly understood (...) to be primarily concerned with respecting the will of the defendant to remain silent in the face of questioning and not to be compelled to provide a statement”⁹⁶. Friheten til å velge om man ønsker å forklare seg eller forholde seg taus er dermed sentralt i vernet mot tvungen selvinkriminering.

⁹² Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 69

⁹³ Se bl.a Jalloh mot Tyskland

⁹⁴ Se Høstmælingen (2007) s. 195

⁹⁵ Se NOU 2003:15 s. 103

⁹⁶ Se Jalloh mot Tyskland avsnitt 110

Saunders-saken avklarer i noen grad spørsmål vedrørende adgangen til å anvende forklaringer avgitt under trussel om straff på kontrollstadiet som bevis i etterfølgende straffesak. På bakgrunn av Saunders-saken begrenses senere bruk av forklaringer i straffesak når forklaringen på kontrollstadiet er avgitt under sannhetsplikt og trussel om straff. Vernet omfatter dermed ikke forklaringer som er avgitt frivillig⁹⁷.

I de fleste sakene EMD har behandlet vedrørende bruk av opplysninger gitt uavhengig av straffesaken, har adgangen til bruk av *rettslige sanksjoner* for å fremskaffe opplysninger vært spørsmålets kjerne. Andre former for faktisk psykisk og fysisk press har ikke vært aktuelt.

Enkelte former for press er vernet gjennom EMK art. 3, mens rettslige sanksjoner som virkemiddel for å fremtvinge opplysninger utenfor straffesak etter EMDs praksis omfattes av vernet. Øyen fremhever at å gi selvinkrimineringsvernet anvendelse utenfor straffesak i seg selv utgjør fravikelse av ordlyden i EMK art. 6 nr. 1, jf. ”the determination of (...) criminal charge”. EMDs praksis viser at det foreligger tungtveiende hensyn for å fravike ordlyden ved bruk av rettslige sanksjoner. Øyen stiller seg derimot tvilende til hvorvidt det i andre situasjoner enn ved bruk av rettslige sanksjoner, kan foreligge tilsvarende tungtveiende hensyn. Ettersom EMD aldri direkte har behandlet spørsmålet om andre former for faktisk press enn bruk av rettslige sanksjoner kan omfattes av vernet, er det vanskelig å si noe mer konkret om rettstilstanden.

Videre stilles det i Saunders-saken ikke som vilkår at informasjonen siktede avga på kontrollstadiet faktisk er inkriminerende⁹⁸. EMD uttaler: ”In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (...), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating”.

⁹⁷ Se Eriksen (1998) s. 99

⁹⁸ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 71

3.4.1.1 Særlig om utradisjonelle etterforskningsmetoder

Spørsmålet om bevis fremskaffet gjennom såkalte utradisjonelle etterforskningsmetoder var i strid med selvinkrimineringsvernet ble reist i Allan mot Storbritannia. I saken hvor klager i avhør nektet å avgi forklaring til politiet, benyttet politiet seg av avlytningsutstyr for å foreta hemmelig avlytting og videoopptak av klagers fengselscelle og i besøksområdet hvor klager oppholdt seg. En politiinformant ble satt på samme fengselscelle som klager, og samtaler klager hadde med sin medsammensvorne og en venninne ble tatt opp på bånd. Det sentrale spørsmålet i saken var om bruken av politiinformantens samtaler med klager, hans skrevne forklaring og forklaring i retten var i strid med EMK art. 6 nr. 1. EMD konstaterte i saken brudd på EMK art. 6 nr. 1

I avgjørelsen gjentas det at kjernen i vernet mot tvungen selvinkriminering er ”respecting the will of an accused person to remain silent”⁹⁹. Videre uttaler EMD at vernet ikke er begrenset ”to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way”¹⁰⁰. Domstolen peker videre på at formålet med vernet er “to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police”¹⁰¹. Det fastslås gjennom denne uttalelsen at retten til å forholde seg taus skal verne om siktedes rett til selv å bestemme om han vil forklare seg for politiet eller ikke.

Denne valgfriheten svekkes ved at “the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial”¹⁰². I den konkrete vurderingen av om det foreligger brudd på EMK art. 6 nr. 1 trek-

⁹⁹ Se Allan mot Storbritannia avsnitt 44

¹⁰⁰ Se Allan mot Storbritannia avsnitt 50

¹⁰¹ Se Allan mot Storbritannia avsnitt 50

¹⁰² Se Allan mot Storbritannia avsnitt 50

ker EMD frem en rekke momenter. Et sentralt moment i saken var at politiinformanten ble brukt ”for the specific purpose of eliciting from the applicant information implicating him in the offences of which he was suspected”, og at informanten ble beordret til å ”push him for what you can”¹⁰³. Om det er politiet som har tatt initiativet til samtalen og til samtalens tema er dermed av betydning i vurderingen av om vernet mot tvungen selvinkriminering er ivaretatt tilstrekkelig¹⁰⁴.

3.4.2 Reelle bevismidler

I Funke-saken konstaterte EMD at pålegg om å utlevere dokumenter krenket vernet mot selvinkriminering. EMD uttalte i Saunders-saken at vernet mot tvungen selvinkriminering ikke omfatter informasjon og bevis som eksisterer uavhengig av siktedes vilje¹⁰⁵, og gir dermed vernet begrenset anvendelse. Som eksempel angir EMD dokumenter, blåseprøve ved mistanke om promillekjøring, og blod-, urin- og andre vevsprøver for DNA-testing.

I tiden etter Saunders-saken var juridisk teori ikke entydig på hvordan Saunders-saken skulle tolkes relatert til reelle bevis. Jahre uttaler i sin artikkel: ”Det forhold at kontrollletanten på kontrollstadiet eller bostyreren under bobehandlingen har krevd at mistenkte skulle utlevere dokumenter, og mistenkte har etterkommet dette pålegget, kan således ikke medføre at dokumentene må avskjæres som bevis under den senere hovedforhandling. Riktignok er dokumentet i et slikt tilfelle pliktmessig utlevert av mistenkte, men et dokument eksisterer og har et innhold uavhengig av mistenktes vilje”¹⁰⁶.

I Øyens fremstilling fremheves at EMDs uttalelse i Saunders-saken kan forstås som en fravikelse av Funke-saken ved at vernet mot selvinkriminering ikke gjelder for ”materiale som

¹⁰³ Se Allan mot Storbritannia avsnitt 52

¹⁰⁴ Se Torgersen (2009) s. 279 og Allan mot Storbritannia avsnitt 52

¹⁰⁵ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 69 og Øyen (2010) s. 145

¹⁰⁶ Se Jahre (1997) punkt 3.4

etter sin art eksisterer uavhengig av mistenktes vilje”¹⁰⁷. Alternativt, slik Øyen angir, kan uttalelsen i Saunders-saken forstås slik at vernet ikke gjelder for reelle bevis ”*med mindre tilgangen til materialet avhenger av mistenktes vilje til å medvirke aktivt til sakens opplysning*”¹⁰⁸. Legges sistnevnte tolkning til grunn foreligger harmoni mellom resultatet i Funke-saken og EMDs uttalelser i Saunders-saken. Sistnevnte tolkningsalternativ er lagt til grunn i NOU 2003:15 pkt. 5.7.12.3, i tillegg kan Ashworths uttalelser tas til inntekt for denne tolkningen¹⁰⁹.

I J.B mot Sveits anvendes sistnevnte tolkningsalternativ. I dommens avsnitt 66 uttaler EMD: ”Thus, it appears that the authorities were attempting to compel the applicant to submit documents which would have provided information as to his income with a view to the assessment of his taxes.” Videre angis: “In the Court’s opinion, however, the present case does not involve material of this nature which, like that considered in *Saunders*, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person”¹¹⁰.

Tolkningsspørsmålet var også relevant i Jalloh mot Tyskland hvor sistnevnte tolkningsalternativ ble lagt til grunn. I dommen drøfter EMD uttalelsene i Saunders-saken opp mot J.B mot Sveits i avsnitt 113: ”In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of the emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings”.

¹⁰⁷ Se Øyen (2010) s. 145

¹⁰⁸ Se Øyen (2010) s. 145

¹⁰⁹ Se Ashworth (2008-2009) s. 759 og 760

¹¹⁰ Se J.B mot Sveits avsnitt 68

EMD presiserer så: “Firstly, as with the impugned measures in *Funke* and *J.B. v. Switzerland*, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant’s will. Conversely, the bodily material listed in *Saunders* concerned material obtained by coercion for forensic examination with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs”¹¹¹.

I lys av EMDs uttalelser i J.B. mot Sveits og Jalloh mot Tyskland kan det synes som at pålegg om å utlevere dokumenter og andre gjenstander som utgangspunkt omfattes av selvinkrimineringsvernet¹¹². I den grad mistenktes samarbeid er nødvendig for å fremskaffe informasjonen, kan bruken i etterfølgende straffesak begrenses i henhold til vernet mot tvungen selvinkriminering. Det presiseres imidlertid at dette kun er et utgangspunkt.

3.4.3 Unntak – innhenting av bevismidler i strid med EMK art. 3

I saken Jalloh mot Tyskland konstaterte EMD, på tross av uttalelsene i Saunders saken, krenkelse på EMK art. 6 nr. 1, og modifiserte utgangspunktet oppstilt i Saunders-saken. Saken gjaldt mistanke om narkotika gjemt i mistenktes kropp, og hvorvidt det lovlig var adgang til å bruke makt for å injisere brekningsmidler gjennom siktedes nese og ved bruk av sprøyte.

Fremgangsmåten ble ansett å være ”inhuman and degrading treatment” i strid med EMK art. 3. I dommen fremheves brudd på EMK art. 3 som et vesentlig argument for hvorfor det konstateres krenkelse på selvinkrimineringsvernet. EMD angir at graden av tvang i Jalloh-saken skiller seg vesentlig fra Saunders-saken ved at man tar sikte på å framprovosere en unaturlig kroppslig reaksjon hos siktede.

¹¹¹ Se Jalloh mot Tyskland avsnitt 113

¹¹² Se Øyen (2010) s. 146 og Ashworth (2008-2009) s. 760

Øyen mener i sin framstilling at Jalloh-saken bør ses på som en modifisering av Saunders-saken i forhold til vernets anvendelsesområde¹¹³. Han trekker videre fram at ”kombinasjonen av at siktedes motvilje mot selvinkriminering ble forsøkt overvunnet, og at dette skjedde ved hjelp av hardhendt fysisk maktbruk”, er argumentene som *egentlig* danner grunnlaget for EMDs konklusjon i Jalloh-saken¹¹⁴. Han diskuterer på prinsipielt grunnlag hvorvidt resultatet i avgjørelsen er hensiktsmessig med tanke på utvidelse av vernets virkeområde. Øyen argumenterer med at beskyttelsen ”av den fysiske og psykiske integritet samt sikring av intimsfære” ivaretas gjennom EMK art. 3 og 8, samt at utvidelsen av vernets virkeområde, slik flertallet gjør i Jalloh mot Tyskland, vanskelig lar seg begrunne rettspolitisk¹¹⁵.

Øyens argument ble imidlertid ikke retningsgivende for den videre rettsutviklingen av EMK art. 6 nr. 1. Betydningen av brudd på EMK art. 3 ved spørsmål om rettergangen var ”fair”, jf. EMK art. 6 nr. 1, var igjen aktuelt i Gäfgen mot Tyskland¹¹⁶. Saken gjaldt kidnapping og drap på en 11 år gammel gutt. Siktete, Gäfgen, kontaktet familien etter drapet og krevde løsepenger for å få tilbake sin sønn. Pengene ble overlevert, og fra dette tidspunktet var Gäfgen under overvåkning og ble pågrepet av politiet samme ettermiddag. Politiet hadde på dette tidspunkt fremdeles håp om at gutten var i live, og Gäfgen ble derfor informert om at hvis han ikke fortalte hvor gutten var ville han ”suffer considerable pain at the hands of a person specially trained for such purposes”¹¹⁷. Gäfgen fortalte etter dette hvor guttens lik var plassert, og det ble på stedet sikret bevis.

EMD konstaterte at EMK art. 3 gir uttrykk for absolutte rettigheter og at bestemmelsen ”makes no provision for exceptions and no derogation”¹¹⁸. I relasjon til kravet om ”fair trial”

¹¹³ Se Øyen (2010) s. 143

¹¹⁴ Se Øyen (2010) s. 143

¹¹⁵ Se Øyen (2010) s. 144

¹¹⁶ Se dom av 1. juni 2010

¹¹⁷ Se Gäfgen mot Tyskland avsnitt 15

¹¹⁸ Se Gäfgen mot Tyskland avsnitt 87

uttales: "It has, however, found that both the use in criminal proceedings of statements obtained as a result of a person's treatment in breach of Article 3 – irrespective of the classification of that treatment as torture, inhuman or degrading treatment – and the use of real evidence obtained as a direct result of acts of torture made the proceedings as a whole automatically unfair, in breach of Article 6"¹¹⁹.

Ved å konstatere at enhver bruk av forklaringer ervervet gjennom brudd på EMK art. 3 medførte at rettergangen ikke var "fair", går EMD langt i å utpensle detaljerte regler for føring av bevis i medlemsstatene. EMD har selv uttalt gjentatte ganger at domstolens rolle er å kontrollere om rettergangen som helhet var "fair", og ikke å utforme rettsregler for bevisføring og bevisavskjæring¹²⁰. I Jalloh mot Tyskland uttales det: "It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not"¹²¹.

I prinsippet skal EMD prøve om rettergangen som helhet har vært "fair", jf. EMK art. 6 nr. 1, slik at selve bevisføringen også må tilfredsstille konvensjonens krav. I relasjon til kravet om "fair" har EMD uttalt at det sentrale spørsmålet er "whether the proceedings as a whole, including the way the evidence was obtained, were fair"¹²².

På bakgrunn av Gäfgen-saken konstateres at enhver bruk av forklaringer ervervet gjennom brudd på EMK art. 3 medfører at rettergangen ikke er "fair". Det samme gjelder for reelle bevis ervervet gjennom "torture".

¹¹⁹ Se Gäfgen mot Tyskland avsnitt 173

¹²⁰ Se bl. a Gäfgen mot Tyskland avsnitt 163

¹²¹ Se Jalloh mot Tyskland avsnitt 95

¹²² Se Jalloh mot Tyskland avsnitt 95

3.5 Omfattes bevis og forklaringer gitt uavhengig av straffesaken?

Det presiseres at vernet etter EMK art. 6 inntreffer fra det tidspunkt det foreligger ”criminal charge”, slik at opplysningsplikt på kontrollstadiet om forhold som ikke utgjør ”criminal charge” i seg selv ikke er i strid med selvinkrimineringsvernet¹²³. Det fremgår av NOU 2012:7 pkt 7.3.3.2 at det på bakgrunn av EMDs praksis er knyttet en viss usikkerhet til når et individ kan anses for å være ”charged”, og at det vil bero på en konkret vurdering av saken. Det vises for øvrig til oppgavens pkt. 3.2 for en kort redegjørelse av ”charged”.

Slik det fremgår av Saunders-saken medfører ikke vernet automatisk at selve innhenting av informasjon foretatt på kontrollstadiet isolert sett utgjør brudd¹²⁴. EMD fremhever at ”a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 para. 1 (art. 6-1) would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities”¹²⁵.

Som presisert tidligere var det selve bruken av forklaringene under den etterfølgende straffesaken mot Saunders som var sakens kjerne. Flertallet i Saunders-saken la til grunn at Saunders ikke var ”charged” da han avga forklaring¹²⁶. Vernet kan derfor få anvendelse selv om det ikke forelå ”charge” da informasjonen ble pliktmessig avgitt. Med utgangspunkt i ordlyden i EMK art. 6 nr. 1 ”the determination of (...) any criminal charge against him” kan det imidlertid stilles som vilkår at det kun er utleverte opplysninger relatert til saken risikoen for selvinkriminering knytter seg til, som kan vise seg å komme i konflikt med vernet¹²⁷.

¹²³ Se NOU 2003:15 punkt 5.7.12.2

¹²⁴ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 67

¹²⁵ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 67

¹²⁶ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 67

¹²⁷ Se Øyen (2010) s. 130 og 131

3.6 Er vernet absolutt – finnes der unntak fra vernet?

Både Funke- og Saunders-saken gir uttrykk for at enhver straffesanksjonert plikt til å utlevere informasjon på kontrollstadiet når det foreligger "criminal charge" medfører brudd på retten til å forholde seg taus. O'Halloran og Francis mot Storbritannia utgjør derfor en modifisering av dette standpunktet. Saken gjaldt en bil som ble registrert av en fotoboks for å overskride gjeldende fartsgrense. Francis var registrert som eier av bilen og mottok derfor brev fra politiet med pålegg om å opplyse hvem som hadde kjørt bilen ved passering. I samme brev ble Francis opplyst om at dersom han ikke etterkom pålegget ville straffen være sammenfallende med straffen for fartsoverskridelsen, altså bot og prikkebelastning. Siden Francis ikke etterkom pålegget ble han dømt for overtredelse av opplysningsplikten. Francis klaget saken inn for EMD med påstand om krenkelse av taushetsretten.

EMD tar avstand fra det absolutte forbudet oppstilt i Funke- og Saunders-saken og uttaler: "In order to determine whether the essence of the applicant's right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and to the use to which any material so obtained was put"¹²⁸.

Det ble i saken ikke konstatert krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. I vurderingen av om rettergangen var "fair" ble "the direct compulsion (...) outweighed by other factors"¹²⁹. Vernet relativiseres og det åpnes for at viktige samfunnsmessige hensyn kan tilsi at bruken av informasjonen innhentet gjennom straffesanksjonert opplysningsplikt ikke er i strid med vernet mot selvinkriminering.

¹²⁸ Se O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 56

¹²⁹ Se Ashworth (2008-2009) s. 763

Johansen gir i sin artikkel uttrykk for at relativiseringen av taushetsretten, slik EMD gjør i O'Halloran og Francis-saken, er en riktig tilnærming sett i forhold til EMDs hoveddoktriner¹³⁰. Ashworth uttrykker det som at "a basic right is being "trumped" by the public interest" og trekker fram Jalloh-saken som eksempel på at en slik proporsjonalitetsvurdering fordrer klare retningslinjer¹³¹.

I Jalloh-saken uttaler EMD: "As regards the weight of public interest in using the evidence to secure the applicants conviction, the Court observes that (...) the impugned measures targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparably small scale and was finally given six months' suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant's conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity"¹³².

Ashworth påpeker at denne uttalelsen reiser flere spørsmål omkring selve avveiningen av hensyn enn den gir klare retningslinjer for hvordan hensynene skal veies mot hverandre¹³³. Videre fremhever Ashworth at Jalloh-saken "opens up the application of the principle to a vague form of balancing without any evident principle or restraining considerations"¹³⁴.

Det må på dette grunnlag konstateres at EMDs praksis åpner for at vernet mot tvungen selvkriminering ikke er absolutt. Det er etter min mening også i tråd med at EMK art. 6 nr. 1 ikke er en såkalt absolutt rettighet, slik som EMK art. 3. Likevel er Ashworths kritikk av mangelen på mer konkrete retningslinjer ikke ubegrunnet i det en klar rettstilstand på mange måter kan bidra til et mer effektivt vern.

¹³⁰ Se Johansen (2009) s. 61 og 62

¹³¹ Se Ashworth (2008-2009) s. 766 og s. 767

¹³² Se Jalloh mot Tyskland avsnitt 119

¹³³ Se Ashworth (2008-2009) s. 766 og s. 767

¹³⁴ Se Ashworth (2008-2009) s. 766 og s. 767

3.7 Right to a "fair trial"

Prinsippet "fair trial" gjelder både i sivile saker og straffesaker, jf. EMK art. 6 nr. 1. Ordlyden av "hearing" skulle tilsi at bestemmelsen kun gjelder under hovedforhandlingen, men praksis fra EMD viser at hvorvidt rettergangen har vært "fair" beror på en helhetsvurdering hvor alle stadier i saken kan ha betydning.

Aall fremhever i sin fremstilling av "fair hearing" at begrepet i EMK art. 6 nr. 1 har i alle fall fire funksjoner¹³⁵. Konkrete regler som angis uttrykkelig i konvensjonen, eksempelvis kontradiksjon, utgjør den første funksjonen. En andre funksjon er at bestemmelsen gir rom for dynamisk tolkning og utviklingen av nye prosessuelle rettigheter, for eksempel vern mot tvungen selvinkriminering¹³⁶. For det tredje innbyr kravet om "fair hearing" til en helhetsvurdering av om rettergangen som helhet har vært "fair" og er dermed en regel i seg selv, eller som Aall uttrykker det "(d)en er en sum av sine fragmenter"¹³⁷. I tillegg gir kravet om "fair hearing" grunnlag for innskrenkende tolkning av andre spesifikke rettigheter.

Av bestemmelsene i EMK er det først og fremst artikkel 6 som kan sette grenser for bevisføring og bevisavskjæring¹³⁸. Spørsmålet om konvensjonsbrudd kan oppstå ved bruk av bevis ervervet gjennom brudd på både nasjonal lovgivning og bruk av bevis innhentet i strid med konvensjonen. Spørsmålet i slike saker som klages inn for EMD er om bevisføringen har fratatt klager en "fair hearing", jf. EMK art. 6 nr. 1.

Kravet om "fair hearing" er et overordnet prinsipp i straffesaker hvilket betyr at det ikke er avgjørende at de spesifikke rettigheter i bestemmelsen er oppfylt¹³⁹. Spørsmålet er "whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were

¹³⁵ Se Aall (1995) s. 204

¹³⁶ Se Jebens (2004) s. 313

¹³⁷ Se Aall (1995) s. 204

¹³⁸ Se Torgersen (2010) s. 71

¹³⁹ Se Jebens (2004) s. 314

fair”¹⁴⁰. Med unntak av rettssetningen oppstilt i Gäfgen-saken for brudd på EMK art. 3, oppstilles det i EMK ikke detaljerte regler for bevisavskjæring, den nærmere reguleringen er overlatt til nasjonalstatene.

I Gäfgen-saken uttales: ”In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had as to whether the rights of the defense have been respected. In particular, it must be examined whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, as must the circumstances in which it was obtained and whether these circumstances cast doubts on its reliability or accuracy”¹⁴¹.

Sentralt i ”fairness” vurderingen relatert til *bruken* av bevis ervervet i strid med vernet mot selvinkriminering er ”the use to which the statements thus obtained were put in the course of the criminal trial”¹⁴².

3.7.1 Vesentlig bevis

I Saunders-saken angis: “In sum, the evidence available to the Court supports the claim that transcripts of the applicant’s answers, whether directly self-incriminating or not, were used in the course of the proceedings in a manner which sought to incriminate the applicant”¹⁴³. Det antydes gjennom uttalelsen at hvor stor del av det totale bevisgrunnlaget for domfellelse den pliktige avgitte informasjonen utgjør, er av betydning for om rettergangen som helhet var “fair”. Det oppstilles ingen klare retningslinjer i saken for hvor intensiv bruken kan være, kun at det er et sentralt moment i vurderingen.

¹⁴⁰ Se bl. a Jalloh avsnitt 95

¹⁴¹ Se Gäfgen-saken avsnitt 164

¹⁴² Se Funke-saken avsnitt 56

¹⁴³ Se Saunders mot Storbritannia avsnitt 72

Også i O'Halloran og Francis mot Storbritannia, i relasjon til O'Halloran, uttaler EMD at "the identity of the driver is only one element in the offence of speeding, and there is no question of a conviction arising in the underlying proceedings in respect solely of the information obtained"¹⁴⁴.

Jahre uttaler at Saunders-saken ikke medfører at enhver pliktmessig avgitt forklaring på kontrollstadiet må avskjæres i etterfølgende straffesak, men viser til at det må foretas en vurdering av forklaringens betydning¹⁴⁵. Han oppstiller et vesentlighetskrav med henvisning til Saunders-saken avsnitt 72.

Et annet synspunkt angis i Ravlo-Losviks artikkel som fremhever at ethvert forsøk på å benytte opplysningene for å inkriminere siktede omfattes av vernet mot selvinkriminering, også ut i fra en tolkning av Saunders-saken avsnitt 72¹⁴⁶.

I etterkant av Saunders-saken har EMD i flere saker trukket inn betydningen av hvor stor del av det totale bevisgrunnlaget den pliktmessige avgitte informasjonen utgjør, men det kan vanskelig utledes en klar rettsregel på bakgrunn av avgjørelsene¹⁴⁷. Som nevnt tidligere anses ikke det å utpensle klare rettsregler for bevisavskjæring og bevisvurdering som EMDs oppgave, dette er tillagt nasjonalstatene. EMD skal foreta en vurdering av hvorvidt rettergangen som helhet var "fair", hvilket fordrer at domstolens begrunnelser må være svært konkrete. Det som kan utledes av avgjørelsene er at brukens intensitet og omfang er et sentralt moment i vurderingen.

¹⁴⁴ Se O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 60

¹⁴⁵ Se Jahre (1997) punkt 3.3

¹⁴⁶ Se Ravlo-Losvik (1999) s. 358-359

¹⁴⁷ Se bl.a Serves mot Frankrike 4. mai 2000 og O'Halloran og Francis mot Storbritannia

3.7.2 Forhold ved avgivelse

Forholdene da informasjonen ble avgitt er sentralt i EMDs vurdering, særlig i O'Halloran og Francis-saken. EMD vurderte om informasjonsplikt kunne forsvares ut i fra informasjonspliktens formål, eventuell sanksjon ved passivitet og hva informasjonsplikten krevde av O'Halloran¹⁴⁸. For at pliktmessig avgitt informasjon skal kunne benyttes som bevis må pålegget om utlevering av informasjon kunne forsvares ut i fra nevnte kriterier¹⁴⁹. Gode grunner taler for at vurderingen av kriteriene vil være lik uavhengig av om det forelå "charge" på avgivelsestidspunktet¹⁵⁰.

3.7.3 Avsluttende bemerkninger om "fair" vurderingen

Det presiseres at EMK som utgangspunkt ikke oppstiller konkrete regler for bevisavskjæring, i det EMD selv har uttalt at dette tilligger nasjonalstaten å regulere. Europeiske lands rettsregler hva gjelder bevisavskjæring er i liten grad homogene, noe som kan forklare EMDs tilbakeholdenhet med å utpensle klare og konsise regler på dette feltet¹⁵¹. I EMK art. 6 nr. 1 stilles krav til at rettergangen som helhet skal være "fair", hvilket også inkluderer bevisføringen. Slik settes en ytre ramme for reglene om bevisavskjæring i nasjonal rett¹⁵².

¹⁴⁸ Se Øyen (2010) s. 269

¹⁴⁹ Se Øyen (2010) s. 269

¹⁵⁰ Se Øyen (2010) s. 269

¹⁵¹ Se Torgersen (2009) s. 77

¹⁵² Se Torgersen (2009) s. 76

4 Bruk av opplysninger under hovedforhandlingen

Det følger av strpl. § 305 at "(v)ed avgjørelsen av hva som anses bevist, tas bare i betraktning de bevis som er ført under hovedforhandlingen." Retten kan dermed basere sin avgjørelse kun på bevis som legges fram for retten under hovedforhandlingen. Som utgangspunkt skjer føring av bevis under hovedforhandlingen etter bevisumiddelbarprinsippet, jf. strpl. § 278 (1) 1. pkt. Retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, jf. strpl. § 294 1. pkt. Det er likevel partene som har hovedansvaret for å fremskaffe relevante bevis.

Det føres bevis av betydning for om de subjektive og objektive straffbarhetsvilkårene er oppfylt, og det er så opp til retten ut ifra en fri bevisvurdering å vurdere hvilken vekt de ulike bevisene skal tillegges¹⁵³.

4.1 Bevisbyrde

I relasjon til skyldspørsmålet er det som hovedregel påtalemyndigheten som har bevisbyrden med den begrunnelse at det er bedre om en skyldig går fri enn at en uskyldig blir uriktig dømt¹⁵⁴. Påtalemyndigheten må derfor føre bevis for at de subjektive og objektive straffbarhetsvilkårene foreligger, samt at det ikke foreligger straffrihetsgrunner¹⁵⁵.

4.2 De ulike bevismidler

I juridisk teori deles bevismidlene inn i forskjellige kategorier. Torgersen sonderer mellom tinglige eller reelle bevismidler, eksempelvis gjenstander av enhver art, og personlige bevismidler, eksempelvis siktedes forklaring¹⁵⁶. Dokumentbevis og sakkyndigbevis kan ifølge Torgersen også oppstilles som egne bevismiddelkategorier.

¹⁵³ Se Andenæs (2008) s. 168

¹⁵⁴ Se Andenæs (2008) s. 160

¹⁵⁵ Se Andenæs (2008) s. 160

¹⁵⁶ Se Torgersen (2009) s. 19

Andenæs foretar en tredeling av de ulike bevismidler hvor den første kategorien er forklaringer fra siktede, vitner og sakkyndige¹⁵⁷. Den andre kategorien består av det han kaller de bevisende gjenstander, eller tinglige eller reelle bevismidler. Det kan eksempelvis være tale om DNA, blodprøve, et mordvåpen eller fingeravtrykk. Dokumentbevis er Andenæs' tredje kategori.

Hvordan inndelingen av de ulike bevismidlene foretas har ikke rettslig betydning da alle former for bevis kan tenkes avskåret av retten.

4.3 Kort om de viktigste hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om bevisavskjæring

Av Torgersens avhandling fremgår at straffeprosessens kjerne handler om å realisere straffansvar for lovbrudd¹⁵⁸. En forutsetning for å kunne realisere straffansvar er å fastlegge faktum hvilket gjøres gjennom ulike bevis. Det er imidlertid flere hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av om et bevis skal avskjæres.

4.3.1 Materiell sannhet

Det følger av strpl. § 294 1. pkt at det er retten som har ansvaret for at "saken blir fullstendig opplyst". Ordlyden i "fullstendig opplyst" gir uttrykk for ambisjonen om å avdekke sannheten i saken. Sakens opplysning vil begrenses av hva som er rimelig, praktisk mulig og økonomisk forsvarlig sett hen til sakens alvor, dens betydning for tiltalte og det tidspunkt en utsettelse vil innebære¹⁵⁹. Bestemmelsen befester uansett at søken etter riktig faktum er sentralt i straffeprosessen. For at prosessen skal være betryggende kreves det at faktum i saken avdekkes i så stor grad som mulig, og at retten anvender materielt riktig juss. Hensyn-

¹⁵⁷ Se Andenæs (2008) s. 163

¹⁵⁸ Se Torgersen (2009) s. 23

¹⁵⁹ Se Thorheim, Gyldendal rettsdata kommentar til straffeprosessloven note 2227

net til den materielle sannhet gjør seg også gjeldende med stor tyngde som begrunnelse for hovedregelen om fri bevisføring.

Av eksempler kan nevnes Rt. 2009 s. 1526 hvor Høyesterett uttaler i avsnitt 32: ”På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende”. Også i Rt. 2003 s. 1814 blir hensynet til den materielle sannhet tillagt avgjørende vekt¹⁶⁰.

4.3.2 Prevensjonshensyn

Å forhindre fremtidige krenkelser og lovovertridelser ved innhenting av bevis hos både påtalemyndighetene og private aktører er også fremhevet som en del av begrunnelsen for å avskjære bevis¹⁶¹. Det fremgår av straffeprosesslovens forarbeider at ”hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt”¹⁶². Uttalelsen kan indikere at hensynet har en beskjeden rolle innenfor straffeprosessen. Sitatet fra forarbeidene er også gjengitt i Rt. 1992 s. 698. I forarbeidene gis det uttrykk for at å motvirke uønsket atferd og ulovlige politimetoder bør gjøres på andre måter enn gjennom bevisavskjæring¹⁶³.

Det kan synes som om Høyesterett er tilbakeholden med å tillegge prevensjonshensynet vekt i interessavveiningen. I Rt. 2006 s. 582 uttaler førstvoterende i avsnitt 24 at ”(a)vskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking”, men tillater likevel at beviset føres.

¹⁶⁰ Se Rt. 2003 s. 1814 avsnitt 24

¹⁶¹ Se Torgersen (2009) s. 41 og 42

¹⁶² Se Innst. 1969 s. 197

¹⁶³ Se Innst. 1969 s. 197

I Torgersens avhandling forstås Høyesteretts uttalelser omkring disiplinering av politiet som grunnlag for bevisavskjæring relativt snevert. Han mener Høyesteretts uttalelser ikke kan tas til inntekt for å avvise disiplineringshensynet fullstendig, idet spesielle saker kan aktualisere disiplineringshensynet på andre måter enn i saker hittil¹⁶⁴.

4.3.3 Alminnelig rettsfølelse

I straffeprosesslovens forarbeider angis at det i visse tilfeller kan ”være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler”¹⁶⁵. Dette kan svekke tilliten til rettsvesenet. På den andre siden vil det i saker hvor det er tale om meget alvorlige lovbrudd også kunne virke krenkende at personer frifinnes på grunn av teknikaliteter¹⁶⁶. Hensynet er derfor ikke entydig.

4.4 Bevisavskjæring i norsk rett

I norsk prosessrett kan partene føre ethvert relevant bevis til støtte for sin sak, det gjelder altså et prinsipp om fri bevisføring¹⁶⁷. Prinsippet er lovfestet i tvisteloven¹⁶⁸ § 21-3(1) 1. pkt, mens på straffeprosessens område er prinsippet kommet til uttrykk gjennom forarbeider og rettspraksis¹⁶⁹. Begrunnelsen for prinsippet om fri bevisføring er først og fremst ambisjonen om å avdekke den materielle sannhet, at faktum klarlegges i så stor grad som mulig¹⁷⁰. Slik blir skyldige straffet og det er mindre sannsynlig at individer blir uriktig dom-

¹⁶⁴ Torgersen (2009) s. 153

¹⁶⁵ Se Innst. 1969 s. 197

¹⁶⁶ Se Schei (2007) bind 2 s. 1105

¹⁶⁷ Se Andenæs (2008) s. 168

¹⁶⁸ Se Tvisteloven av 17. juni 2005, heretter tvl.

¹⁶⁹ Se bl. a Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13 og Innst. 1969 s. 197

¹⁷⁰ Se Torgersen (2009) s. 23

felt¹⁷¹. Likevel må sannhet i enkelte tilfeller vike for andre viktige hensyn, hvilket kan medføre avskjæring av bevis.

Påstand om avskjæring av bevis kan fremmes under saksforberedelsen, jf. strpl. § 272 (1) litra c eller under hovedforhandlingen, jf. strpl. § 272 (3). Dersom retten tillater et bevis ført som egentlig skulle vært avvist kan spørsmålet om avskjæring av bevis også reises i form av anke over saksbehandlingen, så lenge det ankes innenfor ankefristen som i utgangspunktet er to uker fra forkynnelse, jf. strpl. § 310 (1) 1. pkt, jf. § 310 (2) 1. pkt.

Det er Høyesterett som har formulert reglene for adgangen til å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag, og angis som læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Bevisavskjæring er også aktuelt på bakgrunn av vernet mot tvungen selvinkriminering hjemlet i EMK art. 6 nr. 1. Oppgavens vide definisjon av selvinkriminering i pkt. 1.3.1 aktualiserer selvinkrimineringsvernet innenfor begge de overnevnte grunnlagene.

4.5 Ulovlige og utilbørlige bevis

Det følger enkelte lovfestede begrensninger i adgangen til å føre bevis i straffeprosessen, av eksempler kan nevnes strpl. §§ 117-120. Et annet grunnlag som kan medføre unntak fra prinsippet om fri bevisføring er at beviset er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. I forarbeidene til straffeprosessloven ble utpenslingen av regler for bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte overlatt til teori og praksis. Dagens rettsstilstand bygger derfor i stor grad på ulovfestet praksis¹⁷².

Adgang til å avskjære bevis ble lovfestet i tvl. § 22-7, og det er naturlig å se hen til bestemmelsen, samt tvistelovens forarbeider, ved fastleggelse av gjeldende rett på område innenfor straffeprosess. I tvistelovens forarbeider vises det i stor grad til praksis i straffesa-

¹⁷¹ Se Torgersen (2009) s. 24

¹⁷² Se Innst. 1969 s. 197

ker og sivile saker, og det fremgår at bestemmelsen er ment å skulle kodifisere gjeldende rett innenfor begge prosessformer¹⁷³. Det påpekes likevel at den konkrete vurderingen og avveiningen kan bli forskjellig avhengig av om det er sivilsak eller straffesak¹⁷⁴.

Det angis i tvl. § 22-7 at retten i ”særlige tilfeller” kan nekte føring av bevis som er ”skaffet til veie på utilbørlig måte”. Ordlyden av ”særlige tilfeller” tilsier at dette er ment å være en unntaksregel, noe som bekreftes av forarbeidene¹⁷⁵. I tillegg gir ordlyden indikasjoner på at også ved utilbørlig beviserverv er utgangspunktet at beviset skal føres. At dette er utgangspunktet og en generell retningslinje bekreftes gjennom rettspraksis¹⁷⁶.

4.5.1 ”Utilbørlig”

Språklig sett angis kun ”utilbørlig” i tvl. § 22-7, men av lovmotivene fremgår at det kun er for å klargjøre at det ikke er et vilkår at atferden er straffbar eller strider mot formell lov¹⁷⁷. Ulovlige ervervede bevis kan dermed klassifiseres som en underkategori av ”utilbørlig”. At kun ”utilbørlig” angis medfører derfor ingen realitetsendring, og kodifiserer gjeldende rett på området¹⁷⁸.

Utilbørlighetskriteriet er i gjeldende rett ansett for å være et nødvendig men ikke tilstrekkelig vilkår for å avskjære et bevis¹⁷⁹. Vilkåret ”utilbørlig” henviser til bevis som er fremskaffet ”på en måte som er uforenlig med verdier som rettsordenen setter høyt”¹⁸⁰. Begrepet ”kritikkverdig” anvendes også av Høyesterett istedenfor ”utilbørlig”, men slik som også

¹⁷³ Se NOU 2001:32 punkt 25.2

¹⁷⁴ Se Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28

¹⁷⁵ Se bl. a NOU 2001:32 punkt 25.2 og Øyen 2010 s. 424 (Lov og rett, heretter LOR)

¹⁷⁶ Se blant annet Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22

¹⁷⁷ Se Schei (2007) bind 2 s. 1098

¹⁷⁸ Se NOU 2001:32 punkt 25.2, se også Schei (2007) bind 2 s. 1098 og 1099

¹⁷⁹ Se NOU 2001:32B s. 961, 1. spalte

¹⁸⁰ Se Øyen (2010) LOR s. 425

Øyen påpeker, kan dette tolkes mer som en markering av at bevisavskjæring kan tenkes også i tilfeller hvor det ikke foreligger brudd på en lovhjemmel¹⁸¹. Det fremgår ikke nærmere presiseringer eller avklaringer av innholdet i ”utilbørlig” i Høyesterettspraksis.

4.5.1.1 Bevis innhentet i strid med formell lov eller forskrift

Om et bevis er fremskaffet på ulovlig måte har innhenting av beviset skjedd i strid med en rettsregel, skreven eller uskreven. Eksempelvis kan nevnes kompetansemangel ved beslutning om ransakelse etter strpl. kap. 15. Ulovligheten kan være av prosessuell, materiell eller kompetansemessig art.

Av eksempel fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1999 s. 1269. Saken gjaldt hvorvidt forklaring politiet ved hjelp av utradisjonelle etterforskningsmetoder hadde forledet siktede til å avgi, kunne brukes som bevis. Høyesterett vurderte beviset som ulovlig ervervet gjennom brudd på siktedes rett til å forholde seg taus, jf. strpl. § 232 (1) og EMK art. 6 nr. 1.

4.5.1.2 ”Utilbørlig” erhvervelse av bevis

Utenfor de tilfeller hvor bevis er fremskaffet på ulovlig vis er det vanskelig å trekke generelle retningslinjer. Det første prejudikatet for avskjæring av bevis ervervet på utilbørlig eller kritikkverdig måte er Rt. 1991 s. 616. Saken gjaldt en ansatt på et gatekjøkken som var tiltalt for underslag. Påtalemyndighetene ønsket å føre som bevis et opptak arbeidsgiver hadde foretatt på arbeidsplassen i hemmelighet.

I kjennelsen uttaler førstvoterende på s. 623: ”Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uaksepta-

¹⁸¹ Se Øyen (2010) LOR s. 425

bel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis". Uttalelsen viser at krenkelse av den personlige integritet og alminnelige personvern hensyn kan medføre at et bevis anses ervervet på utilbørlig eller kritikkverdig måte.

Konstatering av utilbørlig ervervet bevis ble også gjort i Rt. 2009 s. 1526. Spørsmålet i saken var om det utgjorde saksbehandlingsfeil at samtale mellom siktede og I, hvor også fengselspresten var til stede, ble avspilt for lagmannsretten. Høyesterett konstaterte etter en relativt kortfattet drøftelse at beviset var fremskaffet på utilbørlig måte i avsnitt 31.

4.6 Følgen av at bevis er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte

Dersom retten kommer til at beviset er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte er grunnvilkåret oppfylt. Neste steg i prosessen er da å vurdere om beviset likevel skal tillates ført. Det følger ingen retningslinjer av tvl. § 22-7 på dette punkt¹⁸². Om beviset skal avskjæres beror på en avveining av den krenkelse det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken, og dermed oppnå en materielt riktig avgjørelse¹⁸³.

4.6.1 Gjentakelse eller fortsettelse av krenkelsen?

Høyesterett uttalte i Rt. 1999 s. 1269: "Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført"¹⁸⁴. Hovedregelen dersom føring av beviset utgjør en gjentatt eller fortsatt krenkelse av rettsbruddet er derfor at beviset avskjæres.

¹⁸² Se Schei (2007) bind 2 s. 1104

¹⁸³ Se NOU 2001:32B side 961

¹⁸⁴ Se s. 1272

Praksis fra Høyesterett bidrar i liten grad til presisering av hvordan vurderingen skal foretas. I Øyens artikkel fremheves at ”det avgjørende er om ulovligheten krenket de hensyn som bevissikringsskranken skal beskytte, og om bruk av informasjonen som bevis innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av disse hensyn”¹⁸⁵. Torgersen angir at det er tale om likeartede krenkelser ved bevisføringen som ved beviservervet, og at gjentakelsesvurderingen må referere til de interesser som en krenket ervervsnorm tar sikte på å beskytte¹⁸⁶.

I Rt. 1999 s. 1269 ble lydopptaket avskåret fordi føringen av beviset ville utgjort en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved beviservervelsen. Høyesterett er i dommen sparsom med begrunnelse for hvorfor føring av bevis ville utgjøre en gjentakelse av krenkelsen. Det er rimelig å anta at grunnleggende rettssikkerhetshensyn i dette tilfellet veide tungt. Siktete i saken var på ingen måte klar over at han snakket med en politibetjent da han avga inkriminerende opplysninger, hvilket utgjør et vesentlig inngrep i en siktets rettssikkerhet.

Dersom føring av beviset vil utgjøre en gjentatt krenkelse er hovedregelen at beviset avskjæres. Det kan dermed også tenkes tilfeller hvor det må konstateres bevisføringsadgang på tross av gjentatt krenkelse¹⁸⁷. Det vises til Rt. 1997 s. 1778 hvor Høyesterett godtar lagmannsrettens uttalelse: ”Hensynet til fornærmede kan isolert sett tale for denne løsningen idet det kan anføres at denne bevisførselen representerer en fortsettelse av den krenkelse som har skjedd ved taushetsbruddet”¹⁸⁸. Uttalelsen begrunnes videre med at ”(h)ensynet til den som krenkes ved brudd på taushetsplikt bør ivaretas gjennom eventuelle strafferettslige reaksjoner mot den som har brutt sin taushetsplikt, og ikke ved at påtalemyndigheten i praksis avskjæres fra å fremme straffesak”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Se Øyen LOR (2010) s. 431

¹⁸⁶ Se Torgersen (2009) s. 136

¹⁸⁷ Se Torgersen (2009) s. 148

¹⁸⁸ Se Rt. 1997 s. 1778, s. 1780

¹⁸⁹ Se Rt. 1997 s. 1778, s. 1780

Øyen angir i sin artikkel at dersom gjentatt krenkelse skal medføre bevisavskjæring bør krenkelsen ha ”en viss styrke”, og at domstolene bør være tilbakeholden med å avskjære bevis hvis føring av beviset kun innebærer ”en lite vesentlig krenkelse av de hensyn som den overtrådte bevisskranken skal beskytte”¹⁹⁰.

4.6.2 Interesseavveining

Innledningsvis påpekes at utgangspunktet for vurderingen er hovedregelen om fri bevisførsel slik det fremgår av Rt. 2006 s. 582 hvor det angis at ”(d)et klare utgangspunkt i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres”¹⁹¹. Høyesterett åpnet i Rt. 1999 s. 1269 for at bevisavskjæring også kan tenkes på grunnlag av en interesseavveining dersom beviservervelsen ansees som ulovlig eller utilbørlig¹⁹².

Som presisert i punkt 4.6.1 tar bevisavskjæring begrunnet i gjentakelse av krenkelsen sikte på å beskytte siktedes rettigheter og de interesser avskjæring skal verne. Når Høyesterett åpner for å avskjære bevis også ut ifra en interesseavveining innebærer dette at rettighetsbeskyttelse står i en særstilling, men at også andre hensyn kan begrunne bevisavskjæring¹⁹³.

Høyesterett uttaler i Rt. 1999 s. 1269: ”I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset”¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Se Øyen LOR (2010) s. 432

¹⁹¹ Se avsnitt 22

¹⁹² Se Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

¹⁹³ Se Torgersen (2009) s. 150

¹⁹⁴ Se Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

De aktuelle hensyn veies gjennom en bred tilnærming mot hensynet til den materielle sannhet.

I Rt. 2003 s. 1814 foretok Høyesterett en interesseavveining hvor situasjonen på avhørstidspunktet var sentral. Saken gjaldt hvorvidt det var korrekt å avskjære adgangen for to politimenn til å forklare seg om innholdet av en samtale de hadde med siktede ved en umiddelbar kontroll. I interesseavveiningen vektla Høyesterett situasjonen på avhørstidspunktet, at det forelå mulighet for kontradiksjon på alle trinn i saken, og hensynet til den materielle sannhet. Beviset i saken ble tillatt ført.

Rt. 2006 s. 582 gjaldt tilståelsesdom, slik at vurderingen om bevisavskjæring angis i et obiter dictum. I vurderingen gis det uttrykk for at selv om det i saken ikke var materiell hjemmel for ransakelsen politiet hadde foretatt, ville beviset ikke blitt avskåret på grunnlag av en interesseavveining¹⁹⁵.

Også i Rt. 2009 s. 1526 fant Høyesterett ut ifra en interesseavveining at beviset kunne føres. I dommen påpeker Høyesterett at ”det er illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell” og at prestens tilstedeværelse ”forsterket preget av fortrolighet”¹⁹⁶. Av betydning var også hensynene bak strpl. § 119, selv om bestemmelsen ikke fikk anvendelse i saken. Bevisverdien ble også trukket frem som et relevant moment i det ”opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten”. Retten kom likevel til at hensynet til en materielt riktig avgjørelse måtte tillegges avgjørende vekt, på bakgrunn av at det var tale om ”en meget alvorlig kriminell handling”, og at samtalen primært var mellom siktede og I¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Se avsnitt 24

¹⁹⁶ Se Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31

¹⁹⁷ Se Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 32

Slik praksis fremstår er en nærliggende slutning at terskelen for å avskjære bevis på bakgrunn av en ren interesseavveining er meget høy. Dette er også noe Øyen antyder¹⁹⁸. Han fremhever at det ikke finnes eksempler fra rettspraksis på at Høyesterett ut fra en ren interesseavveining har avskåret bevis. En mulig årsak til dette kan være at de mest alvorlige og graverende tilfeller av utilbørlig eller ulovlig ervervede bevis dekkes av andre lovfestede eller ulovfestede bevisforbud¹⁹⁹. I de tilfeller hvor retten er henvist til å foreta en ren interesseavveining og vurderer hensynet til den materielle sannhet opp mot aktuelle mothensyn, vil mothensynene sjelden være tilstrekkelig tungtveiende til å avskjære bevis.

4.7 Selve anvendelsen er utilbørlig

Også utenfor tilfellene hvor det utilbørlige er knyttet til selve ervervet av beviset har Høyesterett åpnet for bevisavskjæring.

I Rt. 1996 s. 1114 ble en frivillig løgndetektortest nektet fremmet som bevis. Saken gjaldt forsikringssvindel hvor siktede ønsket å føre en utført løgndetektortest som bevis for sin troverdighet. Førstvoterende uttaler på s. 1118 i kjennelsen at ”det imidlertid helt unntaksvis (kan) tenkes at det – på ulovfestet grunnlag – også må nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte, og selv når det er siktede som ønsker å føre det” (min tilføyelse). Det presiseres videre at det ”åpenbart må meget sterke og tungtveiende hensyn til for en slik nektelse”²⁰⁰. Løgndetektortesten ble nektet fremmet som bevis i saken på bakgrunn av generelle rettsikkerhets- og personvernensyn.

¹⁹⁸ Se Øyen LOR (2010) punkt 3.7

¹⁹⁹ Se Øyen LOR (2010) punkt 3.7

²⁰⁰ Se Rt. 1996 s. 1114, s. 1118-1119

4.7.1 Anvendelse i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering

Det kan tenkes tilfeller hvor beviset i seg selv er lovlig innhentet, men hvor det å anvende beviset under hovedforhandlingen i seg selv er utilbørlig. Det forutsettes i det følgende at selve innhenting av informasjon, både forklaringer og andre reelle bevismidler, har skjedd i henhold til lov på kontrollstadiet. Det foreligger derfor ingen materielle, prosessuelle eller personelle mangler ved pålegg om utlevering av informasjon på kontrollstadiet. I disse tilfeller, hvor bevismidler er innhentet i henhold til lov på kontrollstadiet, er det ingen automatikk i at beviset uten hindring kan legges frem i etterfølgende straffesak, fordi det som vist i punkt 3 oppstilles begrensninger i EMK.

De tilfeller dette kan tenkes problematisk er hvor forvaltningen har fremmet pålegg om utlevering av informasjon på kontrollstadiet, borgerens passivitet i forhold til pålegget medfører sanksjon, og borgeren så har etterkommet pålegget.

For at forklaringer og annen informasjon avgitt på kontrollstadiet skal kunne komme inn som en begrensning i bevisføringsadgangen i etterfølgende straffesak, må forklarings- og utleveringsplikten på kontrollstadiet også omfatte informasjon som er selvinkriminerende²⁰¹. Det vises til oppgavens punkt 2.2 hvor omfanget av enkelte forvaltningsrettslige påleggshjemler gjennomgås.

Videre må det forutsettes at det er adgang til informasjonsflyt mellom forvaltning og påtalemyndighet, jf. pkt. 2.4, hvor det angis at fvl. § 13b nr. 6 gir en vid adgang til utveksling av informasjon mellom forvaltningen og påtalemyndighet.

I tillegg må informasjonen på kontrollstadiet være innhentet på en slik måte at vernet mot tvungen selvinkriminering får anvendelse. I henhold til oppgavens punkt 3.5 får vernet anvendelse selv om det ikke forelå "charge" da informasjonen ble avgitt. Vernet får også an-

²⁰¹ Se Øyen (2010) s. 252

vendelse for sanksjonerte forklaringsplikter, og som utgangspunkt også for pålegg om å utlevere dokumenter eller andre gjenstander, jf. punkt 3.4.1 og 3.4.2.

4.7.2 Bølgepapp-kjennelsen

Tidligere er Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp-kjennelsen) trukket fram som eksempel på den problematikken som gjør seg gjeldende i slike tilfeller. I kjennelsen uttaler Høyesterett på s. 615: ”Men jeg finner det klart at man ikke av de straffeprosessuelle regler kan utlede noen alminnelig forbud mot at opplysninger som er gitt pliktmessig på denne måten, benyttes som bevis i en etterfølgende straffesak”. De siktede i saken hadde ikke status som mistenkt eller siktet da de avga forklaring. Forklaringene avgitt til Prisdirektoratet kunne dermed anvendes som bevis i den etterfølgende straffesaken innenfor rammene av strpl. §§ 290, 296 og 297. Forklaringene kunne brukes indirekte gjennom å konfrontere parter og vitner med hva de hadde sagt tidligere dersom de avga avvikende forklaring i retten.

Etter å ha konstatert at norsk rett ikke oppstilte forbud mot å anvende forklaringene avgitt til daværende Prisdirektorat i etterfølgende straffesak, drøftet Høyesterett om folkeretten oppstilte begrensninger. Høyesterett drøftet problemstillingen i lys av Funke-saken som ble avsagt av EMD i 1993, og presiserte at Funke-saken gjaldt hvorvidt det var konvensjonsstridig å bøtelegge Funke for ikke å etterkomme pålegget fra myndighetene om å fremlegge dokumentasjon. EMD behandlet derfor ikke om dokumentene kunne brukes som bevis i etterfølgende straffesak, men konkret om selve bøteleggelsen var i strid med vernet mot selvinkriminering²⁰². Dette fremheves av Høyesterett på s. 618 i kjennelsen.

I den videre tolkningen av Funke-saken finner Høyesterett at Funke var ”charged”, jf. EMK art. 6 nr. 1, til forskjell fra faktum i Bølgepapp hvor de tiltalte ikke var mistenkt eller siktet på forklaringstidspunktet. I tillegg gjaldt Funke-saken dokumentfremleggelse, og ikke for-

²⁰² Se Rt. 1994 s. 610, s. 618

klaringer. Høyesterett konstaterte på dette grunnlag at bruken av forklaringene ikke var i strid med selvinkrimineringsvernet.

Kjennelsen ble avsagt i 1994, altså før endelig dom ble avsagt av EMD i Saunders-saken i 1996. I etterkant av Saunders-saken har mange hevdet at Høyesteretts uttalelser i Bølgepapp-kjennelsen ikke kan anses for gjeldende rett. Ravlo-Losvik angir i sin artikkel at Høyesteretts resonnementer i Bølgepappsaken i utgangspunktet må anses uforenlig med EMDs syn i Saunders-saken²⁰³. Også Jahres artikkel kan tas til inntekt for dette synet, med den begrensning at forklaringen utgjør en vesentlig del av bevisene mot siktede²⁰⁴.

Juridisk teori i etterkant av Saunders-saken antyder at det vanskelig kan trekkes klare slutninger på bakgrunn av avgjørelsen, og at avgjørelsen reiser flere spørsmål enn den gir svar²⁰⁵. Som vist i pkt. 3 har EMD siden Saunders-saken avsagt flere dommer som bringer større klarhet omkring vernet og dets materielle innhold. Rettstilstanden i dag er likevel ikke entydig, noe rettspraksis gir klare indikasjoner på.

4.7.3 Rt. 2007 s. 932

Problemstillingen var også aktuell i Rt. 2007 s. 932 og spørsmålet i saken var om forklaringer avgitt til kontrollorgan kunne anvendes som bevis i etterfølgende straffesak. Siktede i saken var slått personlig konkurs og nektet å etterkomme opplysningsplikten som følger av konkursloven²⁰⁶ § 101, og ble derfor pågrepet og satt på glattcelle, jf. kkl. § 105. Han ble deretter fremstilt for bevisopptak i skifteretten hvor han avga forklaring. I etterfølgende straffesak ble referat fra bevisopptaket og andre dokumenter fremlagt som bevis. Han ble dømt for straffbar bounndragelse, jf. de tidligere bestemmelser i strl. §§ 281 (3), jf. (1) og

²⁰³ Se Ravlo-Losvik (1999) s. 364

²⁰⁴ Se Jahre (1997) punkt 3.4

²⁰⁵ Se Eriksen (1998) s. 99, Ravlo-Losvik (1999) s. 359

²⁰⁶ Se Konkursloven av 8. juni 1984 nr. 58, heretter kkl.

284 i tingretten og lagmannsretten. Anken til Høyesterett gjaldt blant annet påstand om brudd på vern mot tvungen selvinkriminering.

I vurderingen av hvorvidt vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket viser Høyesterett til Bølgepapp-kjennelsen og Saunders-saken, og uttaler at ”det i dag ikke (kan) trekkes noe skarpt skille mellom forklaringer avgitt på kontroll- og undersøkelsesstadiet og forklaringer avgitt under straffesak”²⁰⁷ (min tilføyelse). Høyesterett fraviker her uttalelsene i Bølgepapp-kjennelsen hvor det foretas en restriktiv tolkning av Funke-saken. Det fremheves i avsnitt 24 at ”måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys” er sentralt i vurderingen.

4.7.3.1 Forklaringene

Siktede i saken, A, forklarte seg tre ganger i anledning saken. Første gang i bevisopptak for skifteretten, deretter i politiavhør og til sist i tingretten. A var under forklaringsplikt ved forklaring for skifteretten. Ved forklaring for politiet og i retten ble han foreholdt sin rett til å nekte å forklare seg. Siktedes forklaringer for politiet og tingretten avvek ikke fra hans forklaring for skifteretten, og innholdet var mer detaljert og omfattet flere opplysninger.

Høyesteretts begrunnelse for å tillate siktedes forklaring fremmet som bevis i saken var primært at bruken av forklaringene avgitt under forklaringsplikt i skifteretten, etter Høyesteretts syn, spilte en beskjeden rolle ved domfellelsen²⁰⁸. Det uttales at ”(b)ruken av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan i den foreliggende sak etter dette ikke på noen måte sammenlignes med den svært omfattende bruken i saken mot Saunders”²⁰⁹. Høyesterett fremhever videre at det var usikkert om det i det hele tatt ble lest fra de aktuelle bevisopptakene under straffesaken.

²⁰⁷ Se Rt. 2007 932 avsnitt 24

²⁰⁸ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 35

²⁰⁹ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 35

Det at forklaringene ble lagt frem som dokumentbevis utgjorde saksbehandlingsfeil. I følge Bølgepapp-kjennelsen må bruk i etterfølgende straffesak av forklaringer avgitt på kontrollstadiet skje innenfor rammene av strpl. §§ 290, 296 og 297. Høyesterett fant imidlertid at feilen ikke var avgjørende for om kravet til rettferdig rettergang var oppfylt sett hen til den beskjedne bruken av forklaringene²¹⁰.

4.7.3.2 De reelle bevis

Det påpekes i dommen at tingretten i bevisvurderingen bygget på kjøpekontrakten og en udatert kvittering som siktede var pålagt å utlevere i rollen som konkursskyldner. Hva gjaldt bruken av dokumentene som bevis i straffesaken anvender Høyesterett rettssetningen oppstilt av EMD i Saunders-saken og uttaler at ”(d)ette er dokumenter som eksisterer uavhengig av den tiltaltes vilje”²¹¹. Det konstateres derfor, etter henvisningen til Saunders-saken at dokumentene ikke omfattes av selvinkrimineringsvernet, jf. EMK art. 6 nr. 1.

Etter Saunders-saken i 1996 har EMD behandlet flere saker i relasjon til adgangen til å benytte dokumenter ervervet gjennom forvaltningsrettslig utleveringspålegg i etterfølgende straffesak. Det vises til oppgavens punkt 3.4.2 hvor det redegjøres for J.B-saken og Jalloh-saken i sammenheng med reelle bevismidler. Dommene ble imidlertid ikke behandlet av Høyesterett. Øyen påpeker at ”Høyesterett nevnte verken J.B-saken eller Jalloh-saken, og uttalelsen kan neppe forklares på annen måte enn at disse sakene ble oversett. Av denne grunn bør Høyesteretts uttalelse tillegges lite rettskildemessig vekt”²¹².

Etter min mening forsterkes Øyens påstand av at Høyesteretts begrunnelse var relativt kort: ”Derimot bygger tingretten på kjøpekontrakten 2. september 2003 og den udaterte kvitteringen. Dette er dokumenter som eksisterer uavhengig av den tiltaltes vilje. På bakgrunn av

²¹⁰ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 37

²¹¹ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 34

²¹² Se Øyen (2010) s. 146

det jeg har sitert fra avsnitt 69 i Saunders-avgjørelsen, er bruken av dokumentene etter mitt syn ikke i strid med vernet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6 nr. 1”²¹³. Det gjøres ingen nærmere tolkning av EMDs uttalelser i Saunders-saken i forhold til Funke-saken.

Kjernen i selvinkrimineringsvernet er respekt for individets vilje til å nekte å samarbeide i sin egen straffesak. Det vises til oppgavens punkt 3.4.2 hvor det angis at det er problematisk å benytte pliktmessig avgitt informasjon på kontrollstadiet, inkludert dokumenter og andre gjenstander, i etterfølgende straffesak. Den etterfølgende rettsutviklingen i EMK, sett hen til J.B-saken og Jalloh-saken, tilsier at Høyesterett burde foretatt en mer utfyllende drøftelse av spørsmålet som ble reist i Rt. 2007 s. 932, relatert til bruken av kvitteringen og kjøpekontrakten som bevis.

4.7.4 HR-2013-575-A

Problemstillingen var igjen aktuell i en nylig avsagt kjennelse av Høyesterett. Spørsmålet i saken var overtredelse av strl. § 219, og hvorvidt skriftlige referater fra møter mellom barnevernet og siktede kunne benyttes som bevis i etterfølgende straffesak. I saken hadde As familie fremmet bekymringsmelding til barneverntjenesten på bakgrunn av at A og Bs barn ble utsatt for fysisk og psykisk vold. På bakgrunn av disse opplysningene traff barneverntjenesten et hastevedtak 25. august 2010, forholdet ble også politianmeldt samme dag, og de to eldste sønnene ble plassert i utredningsinstitusjon. I samtaler mellom barneverntjenesten innrømmet A at han hadde slått de to eldste sønnene, dette ble nedtegnet i referat fra samtalene. Referatene ble oversendt politiet. A og B ble kjent med politianmeldelsen etter samtalene med barneverntjenesten.

A ble dømt for overtredelse av strl. § 219 av tingretten, og anket til lagmannsretten. I bevisoppgaven for lagmannsretten var referatene fra barneverntjenesten oppført.

²¹³ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 34

Høyesterett drøfter først om referatene må avskjæres på bakgrunn av utilbørlig ervervelse. Det konkluderes i avsnitt 33 med at bevisene ikke er fremskaffet på utilbørlig måte i det referatene belyser spørsmålet om straffeskyld, og at barneverntjenestens taushetsplikt ikke er til hinder for å videreformidle referatene til politiet.

Retten går så over i vurderingen av hvorvidt det å anvende referatene som bevis i straffesaken vil innebære brudd på selvinkrimineringsvernet. Høyesterett formulerer selvinkrimineringsvernets to sider. På den ene siden innebærer vernet at siktede ikke skal utsettes for press til å forklare seg om forholdet. I tillegg medfører vernet at ”bevis som er fremkommet under tvang før personen var siktet, ikke uten videre kan benyttes i en straffesak”,²¹⁴. Sakens problemstilling berørte sistnevnte side av vernet.

Rettstilstanden i EMK utenfor de situasjoner hvor det er tale om straffesanksjonert opplysningsplikt på kontrollstadiet er som vist i punkt 3.4.1 uklar, og Høyesterett var derfor henvist til å vurdere spørsmålet ut ifra de foreliggende retningslinjene oppstilt av EMD. Som vist i oppgavens punkt 3.4.1 omfatter ikke selvinkrimineringsvernet forklaringer som er avgitt frivillig.

Høyesterett tar utgangspunkt i formålet med selvinkrimineringsvernet som er ”å beskytte tiltalte mot bruk av beviser som er tvunget frem mot tiltaltes vilje”, slik det fremgår av Saunders-saken²¹⁵. Videre vurderer retten situasjonen som at A forklarte seg frivillig, og berører så vidt situasjonen da forklaringene ble avgitt i avsnitt 40. Det bemerkes at A forklarte seg frivillig overfor barneverntjenesten, og at samtalen ikke var underlagt straffesanksjonert forklaringsplikt.

Det uttales så: ”Selv om han etter hastevedtaket nok følte at han måtte samtale med barneverntjenesten og sikkert oppfattet samtalsituasjonen som stressende, hadde han ingen opp-

²¹⁴ Se HR-2013-575-A avsnitt 36

²¹⁵ Se HR-2013-575-A avsnitt 38 og Saunders mot Storbritannia avsnitt 68

fordring til å forklare at han hadde opptrådt på straffbar måte”²¹⁶. Det konkluderes på dette grunnlag med at bruk av referatene som bevis ikke strider mot selvinkrimineringsvernet.

Som fremhevet i punkt 3.4.1 skal det tungtveiende hensyn til for å fravike ordlyden i EMK art. 6 nr. 1. I dette tilfellet var A ikke under straffesanksjonert opplysningsplikt, og hadde heller ingen oppfordring til å forklare at han hadde opptrådt på en straffbar måte. Det kan derfor vanskelig sies at bevisene var tvunget frem mot tiltaltes vilje.

4.7.5 Oppsummering

Det er i dag ikke tvilsomt at bevis kan avskjæres på bakgrunn av vernet mot tvungen selvinkriminering, jf. blant annet HR-2013-575-A. Etter først å ha drøftet om bevisene var fremskaffet på utilbørlig måte, og besvart spørsmålet benektende, uttales: ”Spørsmålet er så om referatene er blitt til på en slik måte og/eller inneholder slike opplysninger at det vil innebære brudd på forbudet mot selvinkriminering å legge dem frem i straffesaken”²¹⁷.

Gjennomgåelsen av rettspraksis viser imidlertid at rettstilstanden på selvinkrimineringsvernets område er uklar, og fremdeles under utvikling.

²¹⁶ Se HR-2013-575-A avsnitt 40

²¹⁷ Se HR-2013-575-A avsnitt 33 og 34

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Rettstilstanden i dag

Foreliggende rettspraksis viser at Høyesterett aldri har konstatert bevisavskjæring på grunnlag av selvinkrimineringsvernet. Det kan vanskelig utledes klare generelle retningslinjer for "fair" vurderingen på bakgrunn av de tre Høyesterettsavgjørelsene.

Bølgepapp-kjennelsen ble som kjent avsagt før Saunders-saken, og må anses fraveket av Høyesterett i Rt. 2007 s. 932 gjennom uttalelsen: "Også bruk i straffesak av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan krenke vernet mot selvinkriminering"²¹⁸.

Høyesterett trekker i Rt. 2007 s. 932 fram at det avgjørende for hvorvidt kravet til rettferdig rettergang er krenket er "måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys"²¹⁹. Dette er i tråd med EMDs uttalelser i Saunders-saken. I helhetsvurderingen, relatert til forklaringene, trekker Høyesterett fram *omfanget av bruken*, samt at *det ikke ble protestert* mot bruken av forklaringene eller dokumentene før ankesaken for Høyesterett. Også dette er momenter EMD har trukket fram i "fair" vurderingen, og som må anses som relevante momenter i en helhetsvurdering.

Som påpekt tidligere er relevant praksis fra EMD utelatt i Høyesteretts drøftelse i Rt. 2007 s. 932. Uttalelsene vedrørende bruken av dokumentene kan derfor vanskelig tillegges rettskildemessig tyngde, sett hen til JB-saken og Jalloh-saken.

Til sist kan HR-2013-575-A tolkes til inntekt for at i tilfeller hvor det ikke foreligger straffesanksjonert forklaringsplikt på kontrollstadiet, og ingen videre oppfordring til personen om å forklare seg om straffbare forhold, vil det ikke stride mot selvinkrimineringsvernet å

²¹⁸ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 24

²¹⁹ Se Rt. 2007 s. 932 avsnitt 24

føre informasjonen som bevis. Tvangselementet er derfor sentralt i vurderingen. Også EMD har vurdert det slik at frivillig avgitt informasjon ikke omfattes av vernet.

5.2 Veien videre

Rettsutviklingen fra Bølgepapp-kjennelsen og frem til HR-2013-575-A tegner bilde av en uklar rettsstilstand. Høyesterett bekrefter i Rt. 2007 s. 932 at Saunders er gjeldende rett, og gjennom det at EMDs forståelse av selvinkrimineringsvernet skal legges til grunn. Dette er ikke uproblematisk.

EMK og praksis fra EMD har i stor grad endret rettskildebildet i straffeprosessen. Det har tradisjonelt sett vært lite domstolsskapt rett innenfor straffeprosessens område, rettsområdet har i stor grad vært lovregulert²²⁰. Dagens situasjon bærer mer preg av domstolsskapt rett, kanskje særlig sett hen til "fair trial" i EMK art. 6 nr. 1, som i seg selv stiller prinsipielle krav til rettergangen, men også har relevans for tolkningen av andre lovbestemmelser²²¹. Innholdet i prinsippet om "fair trial" ligger som tidligere nevnt ikke fast, i det bestemmelsen er gjenstand for dynamisk tolkning av EMD, som igjen får konsekvenser for anvendelsen i norsk rett. I tillegg har EMD i flere avgjørelser uttalt at konvensjonen i utgangspunktet ikke regulerer statenes regler om bevisføring og bevisvurdering. Praksis fra EMD begrunnes derfor i stor grad konkret, og det er opp til nasjonalstaten selv å bestemme hvordan konvensjonen skal gjennomføres.

Høyesteretts primæroppgave i straffesaker er å avgjøre enkeltsaker. Dersom utviklingen i straffeprosessen fortsetter i retning av mer domstolsskapt rett kan dette føre til uavklarte spørsmål, og at borgerne i liten grad kan forutberegne sin egen rettsstilling, i påvente av at

²²⁰ Se Johnsen (2002) s. 602

²²¹ Se Johnsen (2002) s. 602

relevante enkeltsaker bringes inn for Høyesterett²²². Som eksempel kan nevnes den uavklarte situasjonen Bølgepapp-kjennelsen og Saunders-saken skapte i ettertid.

Sett hen til den konstitusjonelle arbeidsfordeling mellom domstol og lovgiver, fordrer dagens rettstilstand etter min mening at lovgiver kommer på banen. For det første er lovgiver bedre egnet til å utforme lovforslag gjennom ulike konsekvensutredninger og høringsuttalelser. I tillegg er det uheldig at domstolene skal styre rettsutviklingen, særlig relatert til EMK art. 6, som stiller krav til selve domstolsprosessen, og som danner grunnlaget for den menneskerettslige kontrollen av domstolene.

Som fremhevet innledningsvis i oppgaven ble det i NOU 2003:15 utformet forslag til en ny bestemmelse i forvaltningsloven, på bakgrunn av en analyse av EMK. Vurderingen av *om forvaltningen selv skal innhente informasjon, og når og hvorvidt påtalemyndighetene skal kobles inn i saken*, er i stor grad overlatt til forvaltningens skjønn. Det kan tenkes at bestemmelsen vil legge klarere føringer for hvordan forvaltningsskjønnet skal utøves, som igjen vil ha betydning for adgangen til å benytte informasjonen under etterfølgende straffesak. Om forslaget til fvl. § 53 er veien å gå for å styrke selvinkrimineringsvernet gjenstår og se, i påvente av justisdepartementets behandling.

²²² Se Johnsen (2002) s. 595

6 Litteraturliste

- Andenæs, Johs. v. Myhrer, Tor-Geir. *Norsk Straffeprosess*. 4. utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2008.
- Eckhoff, Torstein og Smith Eivind, *Forvaltningsrett*. 8. utgave, 2 opplag. Universitetsforlaget, Oslo 2008.
- Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 4. opplag. Universitetsforlaget, Oslo 2007.
- Jebens, Sverre. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Cappelen, Trondheim 2004.
- Schei, Tore, Nordén, Dag Bugge, Bårdsen, Arnfinn, Reusch, Christian og Øie, Toril M. *Tvisteloven Kommentarutgave*. Bind 2. Universitetsforlaget, Oslo 2007.
- Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*. Universitetsforlaget, Oslo 2011.
- Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. 1. utgave. Papi-nian, Oslo 2009.
- Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Fagbokforlaget, Bergen 2010.
- Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget, Oslo 1995.
- Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utgave. Fagbokforlaget, Bergen 2007.

Norske lover

1814	Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
1980	Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
1984	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58

1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
2004	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
2008	Lov om planlegging av byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) av 27. juni 2008 nr. 71
2009	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2

Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 4. november 1950
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
SP	Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter 23. mars 1976

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1992 s. 698
Rt. 1994 s. 610
Rt. 1996 s. 1114
Rt. 1997 s. 1778
Rt. 1999 s. 223
Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996
Rt. 2001 s. 1476
Rt. 2003 s. 1814
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2006 s. 582
Rt. 2006 s. 1598
Rt. 2007 s. 932
Rt. 2008 s. 605
Rt. 2009 s. 1526
HR-2013-575-A

Avgjørelser fra EMD

Allan mot Storbritannia

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. november 2002, application no. 48539/99

Christine Goodwin mot Storbritannia

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2002, application no. 28957/95

Engel og andre mot Nederland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1976, application no. 5370/72

Funke mot Frankrike

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. februar 1993, application no. 10828/84

Gäfgen mot Tyskland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. juni 2010, application no. 22978/05

Jalloh mot Tyskland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2006, application no. 54810/00

J.B mot Sveits

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3. mai 2001, application no. 31827/96

John Murray mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. februar 1996, application no. 18731/91
O'Halloran og Francis mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. juni 2007, application no. 15809/02 og 25624/02
Saunders mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. desember 1996, application no. 19187/91
Serves mot Frankrike	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. mai 2000, application no. 38642/97
Tyrer mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. April 1978, application no. 5856/72

Forarbeider

NOU 2001:32	Rett på sak, avgitt 20. desember 2001
NOU 2001: 32 B	Rett på sak, avgitt 20. desember 2001
NOU 2003:7	Tilleggsskatt m.m, avgitt 11. februar 2003
NOU 2003:12	Ny konkurranselov, avgitt 1. april 2003
NOU 2003:15	Fra bot til bedring, avgitt 16. mai 2003
NOU 2012:7	Mer effektiv konkurranselov, avgitt 14. februar 2012

Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen. Oslo, 1969

Innst. O nr. 51 (1998-1999) *Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett* (menneskerettsloven).

Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Nettdokumenter

- Ashworth, Andrew. *Self-incrimination in European Human rights law – a pregnant pragmatism?* <http://www.cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf> (Sitert 25. februar 2013).
- Bernt, Jan Fridthjof. *Kommentar til Forvaltningsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon (Sitert fra Gyldendal rettsdata 21. april 2013).
- Eriksen, Morten. *Usannhet og forklaringsnektelse – lovbrudd eller menneskerett?* I: Lov og Rett 1998, s. 94-106 (Sitert fra Lovdata).
- Jahre, Hans-Petter. *Rettslige rammer for samarbeid mellom bostyrer, politi og kontroll-etater i straffesaker*. Februar 2000. http://www.konkursradet.no/Artikler/Rettslige-rammer-for-samarbeid-mellom-bostyrer_politi-og-kontrolletater-i-straffesaker-74/ (Sitert 22. februar 2013).
- Johansen, Jon Petter Rui. *Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2009, s. 57-69 (Sitert fra Lovdata).
- Johnsen, Jon T. *Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver?* I: Lov og Rett 2002, s. 585-606 (Sitert fra Lovdata).
- Kolstad, Olav. *Kommentar til Konkurranseloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon (Sitert fra Gyldendal rettsdata 20. april 2013).
- Ravlo-Losvik, Line. *Forbudet mot selvinkriminering – en oversikt over gjeldende norsk rett sett på bakgrunn av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*. I: Utvalget for skattesaker 1999 nr. 1, s. 328-367 (Sitert fra Lovdata).
- Stoveland, Per Helge. *Kommentar til Ligningsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon (Sitert fra Gyldendal Rettsdata 20. april 2013).
- Thorheim, Karl Otto. *Kommentar til Straffeprosessloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon (Sitert fra Gyldendal Rettsdata 20. april 2013).
- Øyen, Ørnulf. *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* I: Lov og Rett 2010, s. 423-438 (Sitert fra Lovdata).